

FACULTÉ DE DROIT — UNIVERSITÉ DE PARIS

LE PRIVILÈGE

DU

VENDEUR DE FONDS DE COMMERCE

D'après la loi du 17 Mars 1909

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 31 Octobre 1910, à 10 heures

PAR

ANDRÉ CHAMBON

Président : M. PIÉDELIEVRE

Suffragants { MM. LYON-CAEN, } *professeurs*
 { THALLER, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT — UNIVERSITÉ DE PARIS

LE PRIVILÈGE

DU

VENDEUR DE FONDS DE COMMERCE

D'après la loi du 17 Mars 1909

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 31 Octobre 1940, à 10 heures

PAR

ANDRÉ CHAMBON

Président : M. PIÉDELIÈVRE

Suffragants { MM. LYON-CAEN, } professeurs
THALLER, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

INTRODUCTION

La loi que nous avons l'intention d'étudier dans ce travail a deux objets :

La vente des fonds de commerce, la reconnaissance, la conservation et l'exercice du privilège du vendeur.

Et leur remise en nantissement.

Nous bornerons notre étude au premier de ces deux objets.

Le second, la remise en nantissements des fonds de commerce avait été réglé par une loi spéciale, la loi du 1^{er} mars 1898 qui était simplement venu s'ajouter à l'article 2075 du Code civil et le compléter. Cette loi a déjà fait l'objet de nombreux travaux et son étude nous paraît moins intéressante que celle de la vente et en particulier du privilège du vendeur. Les remises en nantissement des fonds de commerce sont d'ailleurs bien moins nombreuses que les transmissions auxquelles ils donnent lieu. En effet en 1903 il y a eu dix-huit mille trois cent trois fonds vendus

ou cédés. Seize cent quarante-neuf seulement ont été remis en nantissement.

Ce qui nous a déterminé à entreprendre l'étude des dispositions de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente des fonds de commerce et au privilège des vendeurs sur leur prix, ce n'est pas seulement l'importance de la nature qu'elle réglemente, c'est aussi la nature des droits qu'elle consacre et dont elle a pour but d'assurer la conservation et l'exercice, c'est encore et surtout l'intérêt qui s'attache à une loi réglementant une matière qui n'était pas encore régie par des dispositions d'ensemble.

Les nécessités ou les intérêts sous l'empire ou en vue desquels elle a été votée sont encore présents à l'esprit et on est mieux placé qu'on ne le sera plus tard pour en suivre la genèse et en dégager l'esprit.

L'importance de la matière est évidente, elle va chaque jour grandissant. M. Cordelet, auteur de la proposition sur laquelle la loi a été votée, s'attachait à la démontrer et voici les renseignements qu'il fournissait dans cette proposition même et qui lui paraissaient établir et qui établissaient en effet non seulement l'utilité mais aussi la nécessité de la loi.

« Les fonds de commerce, disait-il, dont le nombre s'est
« multiplié et dont l'importance a grandi avec le dévelop-
« pement du commerce et de l'industrie représentent
« aujourd'hui une part importante de la fortune
« publique.

« Le *Bulletin de statistique du Ministère des Finances*
« donne pour l'année 1903 les renseignements suivants :

	Nombre de dispositions soumises aux droits	Valeurs sur lesquelles les droits ont été assis
Ventes de fonds de commerce et clientèle.....	54.291	258.426.486 f. 80
Ventes de marchandises neuves cédées avec le fonds.....	19.756	136.375.283 20
Totaux...	74.047	394.801.770 f. »

« Si l'on admet que les fonds de commerce changent de
« mains en moyenne tous les dix ans, leur valeur totale, y
« compris les marchandises, serait d'environ quatre mil-
« liards : mais elle doit être, en réalité, beaucoup plus
« considérable (1). »

Après avoir indiqué l'importance des fonds de commerce
il expliquait que la vente des dits fonds mettait en cause
des intérêts divers qui étaient insuffisamment protégés et
parmi ces intérêts il signalait en première ligne les droits
du vendeur non payé.

« Aussi le vendeur prévoyant, disait M. Cordelet (1), a-
« t-il soin de se faire donner un nantissement sur le fonds
« vendu pour garantir le paiement du prix ou de ce qui
« lui reste dû sur le prix. C'est là ce que nous avons appelé
« un expédient et s'il est vrai que le privilège, et par
« suite l'action résolutoire sont, en cas de faillite de

(1) *Journal Officiel*, année 1905, Sénat, Annexe 73.

« l'acquéreur, refusés au vendeur parce que les créanciers
 « n'ont pas pu savoir que le fonds n'était pas payé, n'est-
 « il pas légitime et plus simple de rendre le privilège du
 « vendeur d'un fonds de commerce opposable même à la
 « faillite, comme celui du créancier, en le soumettant à
 « la même publicité que le nantissement? Et il sera juste,
 « alors de lui donner le pas sur les privilèges résultant du
 « nantissement consenti par l'acquéreur, à la condition
 « qu'il ait été inscrit dans un délai qui peut être fixé à
 « quinze jours à partir de la vente. C'est ce que nous pro-
 « posons de décider, et il y aura lieu de compléter cette
 « disposition en ajoutant, comme l'a fait la loi du
 « 23 mars 1855 pour les ventes d'immeubles, que l'action
 « résolutoire ne pourra plus être exercée par le vendeur
 « après l'extinction du privilège. »

Les droits à la garantie desquels la loi attache un privilège et qu'elle considère comme préférables doivent constituer et peuvent être considérés en effet comme des droits essentiels et pour ainsi dire d'ordre public.

Voici dans quels termes M. Labori, dans son recueil de jurisprudence générale les définit, les explique et les justifie (1).

« Le privilège est un droit que la qualité de la créance
 « donne au créancier. La loi a voulu protéger par ce moyen

(1) Labori, *Gazette du Palais*, Jurisprudence générale, Privilèges n° 2.

« certaines créances plus favorables. Elle seule peut appré-
« cier quelles créances méritent cette faveur. D'où le pri-
« vilège ne peut avoir d'autre source que la loi. Il n'existe
« pas de privilèges judiciaires ou conventionnels comme
« il y a des hypothèques judiciaires ou conventionnelles. Il
« n'y a à proprement parler que des privilèges légaux. Le
« nombre et le genre des privilèges sont limitativement
« déterminés par la loi : « Attendu que les privilèges
« étant exorbitants du droit commun ils ne peuvent exister
« qu'en vertu d'une disposition de la loi et ne peuvent être
« créés par une convention intervenue entre le créancier
« et le débiteur » (Cass., 12 déc. 1831, S., 32, 1, 275). C'est
« que la faveur accordée au créancier privilégié est grave
« à l'égard des autres. Si la loi a cru devoir l'accorder
« dans des hypothèses spéciales elle ne veut pas qu'on
« l'étende à d'autres. Les raisons de préférence en faveur
« de certaines créances sont fondées sur des motifs divers :
« tantôt sur la nécessité d'assurer un crédit au débiteur
« dans des hypothèses où il lui est absolument indispen-
« sable : tantôt sur l'utilité de protéger spécialement le
« créancier dans des circonstances où il aurait pu difficile-
« ment exiger des garanties spéciales ; tantôt sur ce fait que
« c'est le créancier qui, au détriment de son patrimoine,
« a conservé ou augmenté celui du débiteur. On pourrait,
« croyons-nous, grouper tous les privilèges sous ces trois
« sortes de raisons et les expliquer tous par l'une ou par
« l'autre. »

Les raisons qui justifient d'après lui les avantages attribués à certains créanciers sont péremptoires et la dernière s'applique à l'évidence au privilège conféré à tout vendeur, aux vendeurs de fonds de commerce comme à tout autre. Son patrimoine s'est en effet trouvé amoindri par l'aliénation du fonds qui en est sorti et celui de l'acquéreur s'est trouvé par le fait même augmenté d'autant à son détriment.

C'est ce droit essentiel dont la légitimité ne saurait être contestée que l'auteur de la proposition de loi signale comme étant insuffisamment protégé et ce n'est pas sans surprise qu'on constate que le fonds de commerce et le privilège appartenant à leur vendeur non payé n'avaient été jusqu'à la loi du 17 mars 1909 l'objet d'aucune disposition spéciale.

C'est en effet cette loi qui la première a édicté un ensemble de dispositions relatives au fonds de commerce.

« Le Code de Commerce, disait M. Guillier dans un rapport au Sénat, pas plus que le Code civil n'a réglementé d'une façon spéciale la vente des fonds de commerce. »

La loi du 28 février 1872 qui fixait les droits d'enregistrement à percevoir sur les transmissions de fonds de commerce était purement fiscale.

La loi du 1^{er} mars 1898, d'ailleurs abrogée par la loi du 17 mars 1909, et que nous aurons occasion de rappeler

lorsque nous établirons la genèse de celle que nous étudions, était spéciale au nantissement et si les vendeurs de fonds de commerce avaient pu l'utiliser pour la conservation de leurs droits, elle n'avait constitué pour eux qu'un expédient, suivant les expressions mêmes du rapporteur.

Une proposition de loi tendant à réglementer les ventes de fonds de commerce avait été présentée au Sénat par MM. Mazeau et Dietz-Monin le 16 juillet 1885, mais elle ne s'occupait que de la publicité à donner à la vente. Cette proposition prise en considération le 5 décembre 1885 n'avait d'ailleurs pas eu d'autre suite.

Pourquoi une matière représentant des droits si importants, soulevant des questions de principe si intéressantes n'avait-elle jamais été réglée par le législateur ?

C'est qu'un pareil travail exigeait une longue préparation, qu'elle nécessitait la solution de difficultés juridiques sur lesquelles les auteurs et les tribunaux ne parvenaient pas à se mettre d'accord.

M. Thezard, rapporteur de la loi du 1^{er} mars 1898, sur le nantissement des fonds de commerce, signalait la nécessité de cette réglementation, mais il ajoutait :

« Malheureusement il ne semble pas que cette extension
« de la loi puisse être immédiatement abordée. La ques-
« tion peut en effet présenter de multiples aspects qu'il y
« aura lieu d'examiner d'une façon approfondie et nous
« aurions craint de retarder par là le vote d'une réforme
« vivement désirée par le commerce des grandes villes ».

Et nombreuses étaient les questions dont l'établissement d'une législation définitive nécessitait la solution :

Les éléments composant les fonds de commerce.

Ceux de ces éléments qui devaient être considérés comme essentiels.

Leur caractère juridique, la question de savoir s'ils constituaient des meubles corporels ou incorporels.

La question de savoir si, soit qu'on leur attribue l'un ou l'autre de ces caractères, on devait les considérer comme formant un tout indivisible, ou si, au contraire, ces différents éléments devaient être régis par des dispositions différentes.

La loi du 17 mars 1909 contenant la première des dispositions d'ensemble réglant la matière n'avait pas d'ailleurs la prétention de codifier toutes les dispositions applicables aux fonds de commerce.

« La proposition de loi sortie, disait le rapporteur (1),
« des délibérations de votre Commission, pas plus que la
« proposition originale de M. Cordelet, n'a la prétention
« de résoudre toutes les difficultés auxquelles peuvent
« donner lieu la vente et le nantissement des fonds de
« commerce.

« Il ne saurait être question notamment de codifier
« toutes les règles applicables à la vente des fonds de
« commerce, ce qui concerne la capacité des parties, les

(1) *Journal officiel*, déjà cité.

« conditions générales de validité de la vente, les obligations du vendeur et de l'acheteur, trouve sa solution « dans les principes de droit commun ».

Le but que poursuivaient ses auteurs c'était la reconnaissance, la conservation et l'exercice du droit privilégié du vendeur non payé. C'est accessoirement seulement qu'ils s'occupent du nantissement auquel la plupart des dispositions édictées pour la vente peuvent d'ailleurs être appliquées.

C'est par les mots « le privilège du vendeur d'un fonds de commerce n'a lieu, etc... » que débute la loi : ils en sont comme la marque et le privilège en est bien l'objet principal et essentiel.

M. Guillier dans son rapport au Sénat déjà cité (1) l'indique nettement. Après avoir signalé que la matière n'avait pas jusque-là été réglementée, il poursuit :

« Il s'ensuit que le privilège du vendeur non payé « n'est pas toujours assuré et qu'en cas de vente précipitée et clandestine d'un fonds de commerce, les droits « des créanciers sont souvent compromis.

« Pour essayer de faire échec à la mauvaise foi, dans « un grand nombre de villes, l'usage s'est introduit de « donner aux ventes de fonds de commerce une certaine « publicité, et de laisser aux créanciers du vendeur un

(1) *Journal officiel*, année 1905, annexe 161.

« délai, généralement de dix jours pour faire opposition
« au paiement du prix.

« Mais cet usage, bien que très répandu, n'a point force
« de loi.

« M. Cordelet a pensé que, pour assurer la conservation
« du privilège et de l'action résolutoire du vendeur, on
« pourrait prescrire leur inscription sur un registre tenu
« au greffe du Tribunal de Commerce et il a conçu un
« système de publicité, désormais obligatoire, destinée à
« porter à la connaissance des intéressés les mutations des
« fonds de commerce.

« La proposition répond, à cet égard, aux vœux for-
« mulés à maintes reprises par de nombreuses Chambres
« de commerce ».

Nous analyserons ces mesures, dont parle M. Guillier, en étudiant notre matière, et nous ne voulons retenir ici que l'expression des préoccupations du législateur, faire sentir que les droits qu'il entendait sauvegarder étaient principalement les droits du vendeur non payé.

Ayant démontré l'importance de la matière que nous nous proposons d'étudier, la nécessité de la réglementer et les questions que cette réglementation devait soulever, il nous reste à établir le plan de notre travail.

Nous avons l'intention de le diviser en deux parties et chaque partie en trois chapitres.

Dans la première partie nous déterminerons le caractère juridique des fonds de commerce et montrerons

comment la pratique et la jurisprudence dégageant ce caractère ont d'abord fourni aux commerçants le moyen de se procurer du crédit en remettant leur fonds en nantissement conformément à la loi du 1^{er} mars 1898 ; puis, ayant montré les garanties que les fonds de commerce peuvent procurer, comment la pratique et la jurisprudence en ont assuré la disposition et facilité la transmission en consacrant et conservant les droits des vendeurs et ont ainsi préparé et amené le vote de la loi du 17 mars 1909.

Dans la deuxième partie nous étudierons cette loi et rechercherons si, étant donné comme nous l'avons établi, qu'elle a pour principal objet la reconnaissance, la conservation et l'exercice du privilège du vendeur, elle satisfait aux nécessités de la pratique et remplit le but poursuivi par le législateur.

Dans le premier chapitre de la première partie qui sera surtout historique nous rechercherons les conditions dans lesquelles le commerce s'est pratiqué sous l'empire des lois romaines et des coutumes, les éléments considérés avant nous comme composant la partie du patrimoine ou du pécule pour la désignation duquel nous avons adopté la qualification de fonds de commerce, la notion juridique du fonds de commerce dans les différentes législations qui ont précédé et préparé la nôtre, les éléments habituels qui, réunis ou séparés selon la nature du commerce et de l'industrie, constituent les fonds de commerce en l'état de nos mœurs et des usages commerciaux.

Nous indiquerons en finissant la nature mobilière commune à tous les éléments qui composent les fonds de commerce et le caractère corporel ou incorporel qu'on peut être amené à leur attribuer selon qu'on considère les uns ou les autres comme en constituant les éléments principaux ou les éléments accessoires.

Dans le deuxième chapitre nous montrerons comment, à raison de la valeur de plus en plus grande que prenaient les fonds de commerce au fur et à mesure que l'importance du commerce et de l'industrie augmentait, on a été amené à chercher les moyens de les mettre en valeur et, à une époque où le crédit joue un si grand rôle à en faire une source de crédit, à en organiser la remise en nantissement. Comment on s'est trouvé pour cela dans la nécessité d'en déterminer le caractère.

Nous indiquerons à ce sujet les divergences d'opinion qui se sont produites dans la doctrine et la jurisprudence et les conditions différentes que les auteurs et les Tribunaux étaient amenés à exiger pour la validité de la remise en nantissement des fonds de commerce, selon qu'ils les considéraient comme des meubles corporels ou comme des meubles incorporels.

La préférence donnée finalement au système dans lequel on les considérait comme des biens meubles incorporels.

La distinction que cependant certains auteurs et certains tribunaux continuaient à faire entre leurs éléments corporels et leurs éléments incorporels.

Et la nécessité d'en déterminer légalement le caractère pour mettre fin à ces divergences et aux difficultés qui en résultaient.

Dans le troisième chapitre de cette première partie nous montrerons que la loi du 1^{er} mars 1898 qui, dans l'esprit du législateur devait remédier à cet état de choses, n'a pas atteint entièrement son but.

Nous nous attacherons à montrer les dangers, auxquels les vendeurs de fonds non payés, étaient avant la loi du 1^{er} mars 1898 et restaient exposés après son vote, comment le privilège à eux conféré par l'article 2102, § 4 du Code Civil et l'action en résolution à eux attribuée par l'article 1654 du même code, pouvaient tomber, en tous cas, perdre toute efficacité, soit en cas de faillite, soit en cas de simple revente du fonds.

Nous indiquerons les moyens et expédients grâce auxquels soit avant, soit après le vote de la loi du 1^{er} mars 1898, on essayait de parer à ces dangers et de protéger les droits si légitimes des vendeurs non payés.

Dans le premier chapitre de la deuxième partie nous analyserons les dispositions de la loi reconnaissant le privilège du vendeur et en assurant la conservation.

Nous montrerons comment, pour mettre fin aux difficultés de plus en plus nombreuses que faisaient naître les conflits d'intérêts entre les vendeurs et les fournisseurs des commerçants, le législateur, frappé de l'insuffisance et des dangers de la loi du 1^{er} mars 1898, avait été amené à

réglementer la matière et à voter la loi du 17 mars 1909 sur les fonds de commerce.

Nous indiquerons comment le législateur, frappé des inconvénients qu'il y avait à appliquer des règles et dispositions édictées en vue de meubles corporels à des droits incorporels ou réciproquement, a été amené à régler différemment les droits privilégiés des vendeurs de fonds de commerce sur les prix distincts fixés pour les éléments corporels et les éléments incorporels pouvant les composer.

Et nous rechercherons si, grâce à cette distinction, à la restriction aux droits incorporels des garanties des créanciers nantis et à la publicité organisée, le législateur a équitablement assuré les droits des vendeurs et sauvegardé ceux des créanciers ordinaires.

Dans le deuxième chapitre, nous montrerons qu'il n'est pas suffisant de reconnaître un droit, qu'il faut le rendre efficace, et nous analyserons les dispositions de la loi destinées à en assurer l'exercice.

Nous rechercherons, si elles fournissent bien tous les moyens d'arriver rapidement et facilement à la réalisation du gage et à la répartition entre les ayants droit du prix à provenir de la vente : nous indiquerons les moyens fournis par la jurisprudence et la doctrine pour remédier aux lacunes de la loi et solutionner les questions que le législateur n'a pas réglées, notamment en ce qui concerne les Tribunaux appelés à statuer sur les difficultés auxquelles

peuvent donner lieu cette réalisation et cette répartition et les officiers publics ayant qualité pour procéder à la vente.

Dans un dernier chapitre de cette deuxième partie nous étudierons les législations étrangères.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Notion juridique du fonds de commerce

Éléments le composant

La France, avant la promulgation des codes qui forment aujourd'hui le fondement de sa législation, se partageait en pays de droit écrit et en pays de droit coutumier.

Les provinces du midi, où la civilisation romaine avait pénétré plus anciennement et plus profondément, où la race gauloise qui s'y était façonnée rapidement avait été refoulée et se trouvait en majorité, avaient accepté volontiers les lois de leurs vainqueurs et y restaient soumises. Ces lois dont les principes avaient été formulés dans les premiers temps de la république, complétées au fur et à mesure des progrès de l'Etat, formaient un ensemble complet, solutionnant toutes les questions que

les intérêts des citoyens pouvaient soulever. Appliquées par des magistrats formant l'élite d'un peuple éminemment juridique elles avaient été commentées par de nombreux et savants jurisconsultes qui en avaient dégagé l'esprit, recherché les principes et contrôlé les effets.

Une organisation aussi complète et étendue que l'Empire romain ne pouvait évidemment fonctionner sans échange, sans commerce et l'on constate en effet que s'il n'avait pas l'étendue et l'importance qu'il a de nos jours, les Romains avaient un commerce et un commerce considérable. Il semble donc que l'on devrait trouver dans l'arsenal de leurs lois une législation commerciale, des règles applicables aux fonds de commerce qui en sont comme l'instrument et dans les travaux de ses jurisconsultes la détermination de leur caractère juridique.

Les provinces du Nord, où, après la chute de l'Empire, les Francs s'étaient établis et formaient la partie dominante de la population, étaient restées régies par les coutumes de ces peuples, différentes suivant les groupes. Ces peuplades mobiles, constituées en clans, n'avaient à l'origine aucun commerce : il leur était longtemps inutile et l'on ne saurait s'étonner de ne trouver dans leurs vieilles coutumes ni législation commerciale ni règles relatives aux fonds de commerce.

Mais au fur et à mesure que ces peuples s'organisaient, le commerce naissait et s'étendait. A la veille de la Révolution, il avait pris une grande importance et on avait dû

nécessairement le réglementer : les prescriptions, auxquelles il avait donné lieu, ne contenaient aucune réglementation d'ensemble. Elles n'ont jamais eu pour objet en matière de fonds de commerce que des éléments spéciaux et pris isolément.

C'est seulement à la Révolution, lorsque le législateur se préoccupera d'unifier les lois régissant les populations qui composent la nation désormais constituée, qu'il s'occupera de réglementer le commerce, essaiera, sans, d'ailleurs, y parvenir beaucoup, à déterminer le caractère juridique des fonds de commerce.

Pour comprendre la loi que nous étudions, se rendre compte des raisons qui ont déterminé le législateur à adopter le système transactionnel qu'elle consacre, il est intéressant de constater comment les législations, dont les lois actuelles sont sorties, ont conçu l'idée de chacun des éléments pouvant, groupés ou isolés, composer un fonds de commerce, rechercher les raisons qui ont empêché les jurisconsultes qui les ont étudiées de déterminer plus exactement la nature, soit de chacun d'eux, soit de l'ensemble.

I. En analysant les documents de droit romain qui peuvent être considérés comme réglementant la matière des fonds de commerce, on est frappé de cette circonstance qu'ils ne s'appliquent qu'à des affaires spéciales et qu'ils ne constituent pas une réglementation

d'ensemble. Trois raisons nous paraissent l'expliquer.

Sans doute l'assemblage d'éléments complexes et hétérogènes, corporels et incorporels composant les fonds de commerce, ne pouvaient entrer facilement dans les catégories où l'esprit méthodique et précis des juriconsultes romains avait classé les différentes parties de la fortune publique.

Mais ces raisons juridiques n'étaient pas les seules pouvant expliquer le peu d'intérêt et d'attention apporté par les juriconsultes à la matière des fonds de commerce. Des raisons d'ordre économique avaient la même conséquence. La constitution de la propriété en grands domaines, la possibilité de faire exécuter par les esclaves la plupart des objets et travaux que nous ne trouvons que chez des marchands et ne pouvons confier qu'à des entrepreneurs et des industriels exerçant le commerce, permettaient aux riches citoyens de se procurer chez eux la plupart des objets dont ils avaient besoin et diminuaient par suite l'étendue et l'importance du rôle joué chez nous par les commerçants. Ceux-ci, d'ailleurs, n'avaient pas à Rome toute la liberté d'action dont ils auraient eu besoin pour donner à leurs affaires l'extension qu'ont prise celles des commerçants modernes.

Le commerce y était, en effet, exercé par des corporations, des collèges professionnels dont nous constatons non seulement l'existence à toutes les périodes de l'histoire romaine, mais l'importance de plus en plus grande, la

réglementation de plus en plus étroite. Les empereurs avaient, en effet, organisé ces corporations et ces collèges avec un soin méticuleux. Ils étaient devenus des sortes d'offices. Ce n'était plus une propriété dont le titulaire put disposer, qu'il eut intérêt à améliorer. Simple détenteur et usufruitier, il ne devait pas profiter de la plus-value qu'il aurait pu donner au fonds qu'il exploitait. Dans de pareilles conditions il s'en désintéressait forcément et les fonds de commerce ne pouvaient prendre la valeur et acquérir l'importance qu'ils ont pris de nos jours.

Une dernière raison, la plus importante à notre sens, empêchait encore le législateur et les jurisconsultes romains de s'occuper beaucoup des fonds de commerce. C'était la défaveur dont le négoce était l'objet général, la déconsidération dont souffraient ceux qui s'y livraient.

Le commerce, en effet, n'étant guère exercé à Rome que par des étrangers ou des esclaves, les citoyens romains, fiers de leur titre, soucieux de ne se mêler ni aux uns ni aux autres, devaient forcément, non seulement s'abstenir de l'exercer mais considérer ceux qui l'exerçaient comme de condition inférieure : il avait toujours été interdit aux sénateurs. A la fin de l'empire il l'était même aux nobles et aux riches. Constantin alla jusqu'à classer les boutiquiers parmi les personnes viles comme les esclaves, les affranchis, les mimes et comédiens et les courtisanes dont les sénateurs ne pouvaient légitimer les enfants sans encourir l'infamie.

Une interdiction aussi peu justifiée devait forcément amener les citoyens riches, qui voyaient la possibilité de réaliser des bénéfices dans les affaires, à chercher les moyens de s'y soustraire. Les armements, le commerce maritime, la banque, les fournitures militaires, les travaux publics, qui avaient à Rome une importance considérable, permettaient d'énormes profits : les citoyens ambitieux, les riches dont le luxe et les besoins grandissaient chaque jour, devaient forcément être amenés à imaginer des combinaisons leur permettant de s'en assurer les avantages sans heurter les préjugés sociaux. Ils en avaient trouvé le moyen dans le pécule, qui leur permettait d'entreprendre, sous le nom d'esclaves leur appartenant dont les gains leur profitaient directement, les affaires dont, grâce à leur influence politique, ils pouvaient s'assurer le monopole et tirer des bénéfices d'autant plus considérables qu'ils ne pouvaient être concurrencés.

Si le grand commerce pouvait être exercé et les grosses affaires exploitées pour le compte des citoyens riches et influents, ils ne pouvaient donc l'être que sous le nom d'esclaves. Quant au commerce de détail, exercé souvent par de petits boutiquiers, commerce qui réunissait parfois tous les éléments dont se forme encore aujourd'hui un fonds de commerce, il l'était en même temps et plus généralement par des esclaves auxquels les maîtres avaient confié un commerce comme pécule. Et sous les deux formes où on le trouve exercé le commerce reste peu estimé.

Mais quelque soit le peu de considération dont il jouit il représente des intérêts souvent importants et force est bien souvent d'en déterminer l'objet et de réglementer les conditions dans lesquelles s'en répartiront les bénéfices ou s'en supporteront les pertes.

Les noms sous lesquels sont le plus souvent désignées à Rome les entreprises commerciales sont ceux de *taberna*, *instrumentum*, *merx*, *mensa*, *négotium*, *négotiatio*.

Chacune de ces expressions a, à la fois, un sens grammatical et un sens juridique. Prise d'abord dans le premier elle sert bientôt à désigner l'ensemble des éléments réunis, les droits qui sont attachés à la matière portant ce nom, les règles qui les régissent.

Taberna, c'est la boutique, le local où s'exerce un commerce, où il réunit, conserve et tient à la disposition du public les marchandises qui en sont l'objet.

Elle est surtout nécessaire au commerce en détail. Aussi l'usage s'établit-il rapidement de l'appliquer aux petits boutiquiers, aux commerçants libres. Et si, gênés par la concurrence des corporations et collèges professionnels, des esclaves qui, faisant des affaires pour le compte de leurs maîtres, disposant de plus de capitaux, obtenaient plus facilement, grâce à la protection de ceux-ci, les affaires importantes et avantageuses, si ces commerçants n'ont que des établissements modestes, ne font que des affaires médiocres, ils n'en constituent pas moins le vrai type du commerce. Leurs établissements constituent de véritables

fonds de commerce comprenant déjà, si on les analyse, tous les éléments qui les composent aujourd'hui.

Le local, l'endroit où s'exerce un commerce n'a-t-il pas une importance considérable? Le commerçant, qui offre au public des marchandises de consommation journalière n'a-t-il pas un intérêt évident à s'établir aux endroits où la circulation est plus intense, sur le passage de la foule qui achètera là et s'épargnera naturellement la fatigue et l'ennui de s'écarter de la rue fréquentée et élégante pour aller se fournir dans une boutique éloignée, dans une rue déserte de marchandises qu'il a sous la main?

Le droit au local où s'exerce ce commerce constitue donc un avantage certain, prend dès lors une valeur qui peut devenir considérable. Et celui qui le détient soit qu'il le conserve, soit qu'il veuille le céder, lui attribuera une valeur, en obtiendra un prix. Si comme il doit arriver le plus souvent c'est un locataire, ce sera notre droit au bail.

Le commerçant avisé qui, s'il vend des denrées alimentaires, a su trouver les meilleurs producteurs, a acquis des connaissances lui permettant de choisir les meilleurs produits augmentera de cette façon la valeur de son fonds. Le public, sûr de les trouver chez lui y affluera. Voilà la clientèle, l'achalandage formés.

Si le succès lui vient, si sa clientèle grandit, il sera forcé de se faire aider, il initiera des auxiliaires, qui seront le plus souvent des esclaves. S'il se trouve dans l'impossibilité

de continuer son commerce, en même temps que le droit au bail il pourra céder ces auxiliaires, en tous cas il pourra initier son successeur à ses connaissances, aux secrets de la fabrication. Et même s'il ne peut se servir du nom de son prédécesseur, le successeur, continuant le même commerce dans les mêmes conditions, dans le même local sur lequel sa disposition, son agencement, des indications quelconques, appellent l'attention du public, jouira d'un avantage particulier et sera à peu près assuré, s'il maintient ses traditions, de continuer son succès. Il sera dès lors disposé à tenir compte, à son cédant, des avantages qu'il lui aura transmis. Et voilà l'enseigne.

Instrumentum c'est l'outillage qui, réuni par un commerçant ou un industriel habile, approprié aux besoins de l'industrie ou du commerce peut avoir une valeur distincte de celle de chacun des éléments le composant.

Bien des éléments manquent encore qui, pour certains fonds, prendront la plus grande place, les brevets d'invention, les marques de fabrique, mais le commerce ordinaire, répondant aux besoins journaliers, est constitué et s'il n'en reste pas de traces, il est difficile d'admettre qu'il n'ait pas donné lieu à des arrangements et à des conventions.

Merx : c'est la marchandise, les choses mobilières ou denrées faisant l'objet du commerce. Leur réunion, leur qualité, leur bonne exécution peuvent leur donner une valeur particulière même pour le petit boutiquier, le commerçant en détail.

Mais ce que les marchandises représentent c'est surtout un capital, et si le commerce est important il peut être considérable. Nous avons expliqué que ces commerces, à raison des capitaux qu'ils exigeaient, et qui ne pouvaient être fournis que par des citoyens riches, étaient généralement exploités par des esclaves pour le compte de leur maître. Le capital remis à l'esclave pour l'exercice de ce commerce l'était comme pécule, mais le maître avait intérêt à ce que le pécule ne se confonde pas avec le surplus des biens d'autre nature dont l'esclave pourrait avoir la disposition.

D'où la constitution, sous le nom de *merx peculiaris*, d'une entreprise ayant une existence et une valeur économique spéciales et déterminées et la nécessité de réglementer les droits et les obligations de l'esclave, du maître et des tiers sur cet ensemble.

Les règles applicables au pécule en général rendaient la tâche facile : mais la *merx peculiaris*, c'est-à-dire le fonds de commerce géré par un esclave, devait rester soumise aux règles du pécule dont elle était la forme commerciale. Elle comportait des relations nombreuses avec le public et devait dès lors attirer plus spécialement l'attention du législateur et des jurisconsultes. Aussi l'autonomie de ce pécule est-elle encore plus marquée que celle des pécules ordinaires et les dispositions qui le régissent plus précises.

Voici quelles étaient les principales règles de cette

forme de pécule sur laquelle les textes nous fournissent de nombreux renseignements. Elles constituaient une véritable théorie du fonds de commerce, et lorsque nous examinerons la théorie adoptée par la législation Allemande nous serons amenés à nous demander si elle ne l'a pas empruntée à ces règles du droit romain.

La *merx peculiaris* pouvait comprendre tous les biens confiés à l'esclave par le maître ou seulement une partie de ces biens. Dans l'un et l'autre cas les biens et valeurs affectés au commerce constituaient une universalité indépendante ayant un passif et un actif propres. Cette indépendance, constituant presque une personnalité, entraînait entre les créanciers du pécule et ceux du maître, entre les créanciers des différents pécules, des conséquences devant lesquelles nous reculerions. Les créanciers de l'entreprise avaient un véritable privilège sur les biens la composant, le droit de se faire payer sur ces biens avant et en dehors les créanciers du maître. Celui-ci pouvait seulement venir en concours avec eux pour les créances qu'il avait sur l'esclave. Les créanciers du maître conservaient d'ailleurs le droit de se faire payer sur la partie du pécule pouvant rester libre après le paiement des créanciers de l'entreprise.

Lorsque la *merx peculiaris* ne formait qu'une partie des biens de l'esclave, les créanciers de l'entreprise étaient payés par privilège sur l'actif de cette entreprise et les autres créanciers de l'esclave ne pouvaient y prétendre

que lorsque les premiers avaient été désintéressés.

Cette indépendance, cette sorte de personnalité se manifeste encore et plus nettement si possible lorsque l'esclave exploite plusieurs commerces, est à la tête de plusieurs entreprises. Les créanciers de chaque commerce, de chaque entreprise ont un privilège sur l'actif du commerce ou de l'entreprise à l'occasion desquels leur créance est née et les créanciers des autres commerces ou entreprises ne peuvent exercer de droits sur cet actif qu'après que les premiers se sont faits entièrement payer. Ils concourent séparément sur l'actif de chaque établissement débiteur.

L'esclave ne pouvant contracter personnellement d'obligations, encore moins obliger directement son maître il en résultait une autre et dernière conséquence : c'est que les créanciers d'une entreprise commerciale n'avaient qu'un débiteur, l'établissement commercial qui se trouvait constituer non seulement un patrimoine spécial mais, comme nous l'avons dit, une sorte de personnalité juridique.

Les entreprises désignées sous le nom de mensa vont nous fournir une nouvelle preuve de la disposition des Romains à considérer les établissements commerciaux comme constituant des universalités non seulement de fait mais de droit. Ces entreprises sont les banques qui ont pour objet non des marchandises mais de l'argent. L'expression ne désigne plus, comme le mot *taberna*, même

un local, des marchandises, des choses corporelles mais une valeur incorporelle. L'idée se rapproche donc singulièrement de la conception actuelle du fonds de commerce proprement dit.

L'établissement ainsi compris constitue une véritable universalité et les Romains ne reculent pas devant les conséquences du caractère qu'ils attribuent à ces établissements qui, constituant souvent des affaires considérables, doivent être régis par des règles formelles et ils les considéraient en effet comme des patrimoines spéciaux, des ensembles de biens comportant un système indépendant d'obligations actives et passives.

Les expressions *negotium*, *negotiatio*, si elles éveillent encore l'idée d'un bien incorporel, celle d'une universalité indépendante, ont beaucoup moins d'importance juridique. Elles ne paraissent pas, en effet, s'appliquer à une série d'opérations successives, ayant une sorte de continuité et de permanence, en tous cas une existence durable. Les entreprises ainsi désignées sont des opérations isolées qui, sans doute, ont leur actif et leur passif mais n'ont qu'une durée limitée, se liquident lorsque l'opération est terminée. Ils n'ont donc du fonds de commerce, comme nous l'entendons aujourd'hui, que le caractère incorporel.

Cette rapide analyse nous paraît comporter d'autres conclusions que celles que l'on a cru pouvoir en tirer, à savoir que les Romains n'auraient pas dégagé la notion juridique du fonds de commerce.

La vérité, nous paraît être, qu'ils n'ont réglementé la matière ni du commerce en général, ni du fonds de commerce en particulier, par des dispositions d'ensemble ; qu'ils ne s'en sont occupés qu'occasionnellement. Mais il faut reconnaître que lorsqu'ils ont eu à s'en occuper ils ont été amenés, à raison des conditions dans lesquelles le commerce s'exerçait à Rome, à leur attribuer un caractère absolu que les éléments, dont ils se composent, ne comportent pas toujours.

II. La législation qui a précédé la révolution, formée sous la double influence des règles du droit romain qui continuaient de régir une partie du pays et des coutumes qui régissaient l'autre, ne forme non plus au point de vue commercial ni un ensemble complet ni un corps de doctrine. Mais la pratique des affaires va l'amener à dégager de nouveaux éléments. Elle ne concevra pas sans doute une idée juridique très nette du caractère du fonds de commerce, mais peut-être se rapprochera-t-elle davantage de la vérité.

Comme à Rome le commerce est d'abord à peu près sans objet, en tous cas sans importance.

Si le pays n'est pas organisé comme il l'était à Rome même aux premiers temps de la République, les chefs et seigneurs y possédaient aussi de grands domaines et y étaient entourés de nombreux serviteurs ; mais ni les uns ni les autres n'ont de grands besoins. Sans cesse en

campagne, en expédition ils n'ont que des établissements rudimentaires, et les troupeaux qu'ils entretiennent, leur permettent de subvenir à tous les besoins d'eux et de leurs compagnons d'arme.

Bientôt, il est vrai, ils deviennent plus sédentaires. Au contact des populations chez lesquelles la civilisation romaine avait pénétré, ils prennent d'autres habitudes. Pour se procurer les objets indispensables à leurs nouveaux besoins, le commerce leur devient nécessaire. Mais, comme à Rome, il est longtemps peu considéré. A quelques exceptions près il est interdit aux nobles et les cadets sans fortune ne peuvent s'y livrer. Il se trouve par suite ne pouvoir guère être exercé que par le bas peuple qui, faute de capitaux, ne pouvait se livrer qu'au commerce en détail.

Cet état de choses dura jusqu'en 1701, époque où deux édits apportèrent quelque atténuation à l'interdiction rigoureuse qui empêchait les nobles de se livrer au commerce. Le premier de 1669 leur permettait le commerce maritime ; le second de 1701 le commerce de terre en gros. Il leur était d'ailleurs interdit d'avoir boutique.

D'autres raisons arrêtent encore l'essor du commerce.

Les commerçants ont à payer des droits de toute nature aux seigneurs dans la mouvance desquels ils exercent. Ils en ont à payer au roi qui, de bonne heure, concède, moyennant finance d'abord, le droit viager d'exercer tel ou tel métier, droit personnel au concessionnaire qui n'est

ni cessible ni transmissible et qui n'a rien de commun avec notre fonds de commerce. Plus tard le roi érigea en offices, toujours moyennant finances, un certain nombre de métiers et de commerce, offices qui sont comme des sortes de fonds et qui constituent un patrimoine transmissible aux héritiers.

En dehors de ces droits réguliers, les commerçants étaient exposés à d'autres charges. Leurs établissements n'avaient pas à proprement parler de siège. Les affaires se faisaient dans les marchés, les foires, dans des centres où ils devaient avoir des dépôts, qui s'appellent *funda*, *funde*, *fundaci*, *fondique* d'où évidemment notre mot fonds. Au cours de leurs déplacements ils se voyaient imposer des contributions par des seigneurs, sortes de brigands, dont c'était là le seul moyen d'existence.

Non seulement ils avaient des droits à payer, mais ils avaient à subir la concurrence des monastères, des communautés religieuses qui, sous le couvert de leurs prévôts, exerçaient souvent de véritables commerces.

L'établissement d'un véritable fonds de commerce était encore entravé par le régime corporatif qui durait jusqu'à la fin du dix-huitième siècle. Si, en effet, la constitution en corporations permettait aux marchands de faire respecter leurs droits, elle comportait par contre une organisation rigoureuse qui excluait à peu près toute liberté économique. La communauté devenait une institution dont l'importance allait grandissant et qui absorbait la personnalité de ses

membres. Les commerçants d'une même profession, au lieu d'être des concurrents, se disputant la clientèle, intéressés à la bien servir, devenaient des confrères, obligés de se soutenir et de fournir mêmes marchandises aux clients qui étaient ainsi les clients de la corporation plutôt que des commerçants eux-mêmes.

Faute de liberté et de concurrence le commerce ne pouvait se développer et les établissements, où il était exercé, ne constituaient pas des exploitations ayant une existence propre, indépendante dont le législateur puisse songer à réglementer le sort.

Et pourtant les éléments dont se forment aujourd'hui, les fonds de commerce, continuaient à prendre corps, à se caractériser.

Les locaux où ils s'exerçaient étaient fort modestes. Ceux qui étaient affectés au même commerce étaient groupés dans les mêmes rues ou les mêmes quartiers, affectaient le même type. Désignés sous le nom de mesons, ostels ou hostels, ouvrouers, ils servaient à la fois à l'exercice du commerce ou de l'industrie et au logement des commerçants, des industriels, de leurs employés, ouvriers et apprentis.

Ils ne comprenaient souvent qu'un étal ou fenestre où les marchandises étaient exposées et mises en vente et une arrière-boutique séparée de l'étal par une cloison où se tenait la famille du commerçant.

Ce n'est qu'à partir du seizième siècle qu'on les désigne

sous le nom de boutiques et qu'ils prennent une importance de plus en plus grande : c'est à cette époque que le droit aux locaux, où le commerce est exploité, prend une valeur qui deviendra notre droit au bail.

L'outillage et le matériel longtemps rudimentaires n'avaient qu'une importance secondaire.

Les marchandises avaient, au contraire, pour les commerçants, une importance capitale soit à raison de la difficulté des approvisionnements qui en augmentait le prix, soit à raison de celle des communications qui les mettaient dans la nécessité d'en réunir des stocks considérables.

Mais ce sont là des éléments matériels, pour ainsi dire constitutionnels sans lesquels le commerce ne se concevrait pas. Ce sont les éléments immatériels qui constitueront le fonds dont il est intéressant de suivre la formation et l'évolution.

La clientèle et l'achalandage, comme valeur, furent d'abord à peu près ignorés. Ils se confondaient dans les cessions avec l'outillage et les marchandises.

Mais la constitution de certains métiers et de certains commerces en offices allait donner naissance à l'idée. On avait dû reconnaître en effet que la clientèle attachée à ces offices par leurs titulaires ou ses prédécesseurs leur donnait une valeur souvent considérable et l'on avait été amené dans les cessions à tenir compte à la fois de la finance et de la pratique. Par la première, on désignait le titre con-

féré par l'autorité publique, moyennant finance, d'où le nom. Par le second, on désignait la plus-value donnée au titre par sa bonne exploitation plus ou moins prolongée.

On devait reconnaître que cette valeur pouvait être donnée au commerce libre aussi bien qu'au commerce érigé en offices et l'usage devenait général de comprendre dans la cession des établissements commerciaux à la fois la valeur des éléments matériels, outillage et marchandises et celle incorporelle des avantages résultant de la clientèle et de l'achalandage qui y étaient attachés.

Le nom commercial qui, pour les objets manufacturés, devient la marque de fabrique, devait lui-même prendre une valeur particulière.

Au treizième siècle on voit apparaître le signum qui sert de cachet au commerçant, de marque au fabricant. Il n'est pas d'ailleurs spécial aux commerçants et aux industriels ; des particuliers, des corporations, des églises ont leur signum. Il sert à la fois à marquer les animaux d'un troupeau, les objets appartenant à celui qui a adopté le signum et à établir la validité et l'authenticité des documents et livres de commerce.

Le signum, constatant la valeur et la provenance d'une marchandise, la qualité d'un produit, rendant la contrefaçon impossible et faisant, pour ainsi dire, corps avec le commerce et l'industrie, devait naturellement être cédé avec eux et forme l'un des premiers et principaux éléments de ce fonds de commerce.

Le choix en était libre, mais cette liberté était tempérée par la maxime : « Prior tempore, potior jure ». Et pour constater cette priorité les intéressés devaient le faire inscrire sur des registres spéciaux, généralement ceux des corporations.

Au seizième siècle les commerçants et les industriels prirent l'habitude de prendre leur nom même comme signum. Il le remplaça, désigna les produits et les marchandises et le nom commercial se trouva par là même constituer un élément du fonds.

L'enseigne, attirant les yeux des clients, indiquant et individualisant le commerce, protégée par les pouvoirs publics qui interdisent l'emploi de la même enseigne par des commerçants différents, forme un nouvel élément du fonds de commerce, mais on ne paraît pas y avoir d'abord attaché de valeur particulière. On n'en voit que le côté matériel et elle se confond avec le local.

Non seulement les éléments composant actuellement le fonds de commerce se dégageaient un à un, non seulement la nature et la valeur de chacun d'eux se déterminaient peu à peu mais le besoin de désigner l'ensemble des droits qui le composent se faisait encore sentir. Le mot fond, apparaît dès le seizième siècle : il s'écrivait alors sans s. Au dix-huitième siècle on appelait les établissements commerciaux des fonds de boutique et des fonds de magasin. Ce n'est que depuis le commencement du dix-neuvième siècle qu'on les appelle des fonds de commerce.

Mais les fonds de commerce gênés, comme nous l'avons dit par la concurrence des offices, des corporations, donnent lieu à peu de cessions entre vifs et les occasions manquent de rechercher et de préciser leur caractère. Nous devons cependant signaler un arrêt de la Cour de Besançon du 31 août 1641 qui classait un fonds de boutique ou plutôt les marchandises qui le garnissaient parmi les immeubles fictifs susceptibles d'usufruit, mais dont l'usufruitier ne pouvait pas plus disposer que d'un immeuble réel. A côté de cet arrêt de Besançon nous sommes forcés de signaler que l'opinion contraire avait des partisans et il convient d'opposer à l'arrêt de 1641 un arrêt contradictoire de 1781 qui déclare que le fonds de boutique est un meuble.

III. C'est seulement après 1789 et l'abolition des privilèges et des corporations que le commerce et l'industrie, ayant acquis la liberté absolument nécessaire à leur développement, prennent leur essor et que les établissements où ils sont exercés acquièrent, sous le nom de fonds de commerce, une valeur de plus en plus considérable.

On ne réussit pas d'abord à les analyser et à les grouper bien nettement, mais on se préoccupe déjà du lien rattachant quelques-uns d'entre eux à l'ensemble.

On peut citer en ce sens un arrêt du 29 thermidor an IX, rendu sur les conclusions conformes du commissaire du gouvernement, qui, à l'occasion d'une cession

de fonds, reconnaît la transmissibilité du nom commercial.

Dans la pratique des affaires on se préoccupait surtout de la question de savoir si les fonds de commerce étaient des meubles ou des immeubles.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 8 fructidor, an III, (1) infirme un jugement qui s'inspirant sans doute du souvenir des offices avait décidé qu'un fonds de boutique constituait un immeuble.

« Considérant, disait la Cour, que nulles lois, nulles coutumes, nuls usages n'ont classé parmi les immeubles un fonds de commerce et un fonds de caisse composés d'objets purement mobiliers, dont la nature ne peut être changée par aucune disposition ».

Dans un arrêt du 9 messidor an XI (2), la Cour de Cassation précise sa théorie et attribue au fonds de commerce un caractère à la fois mobilier et fongible. Voici dans quelle espèce ce jugement fut rendu.

Un marchand drapier, décédé en 1761, avait laissé à sa veuve l'usufruit de son fonds de commerce. Celle-ci contracte d'abord une société avec un tiers pour l'exploitation du fonds : puis le 1^{er} septembre 1784 elle passa en faveur de celui-ci un contrat de vente portant sur l'ensemble de ses droits relatifs à cette entreprise. En

(1) *Journal des audiences de la Cour de Cassation*, I, page 63.

(2) Sirey, 1794, an XII, 1823.

l'an VII les enfants du drapier revendiquèrent contre l'acquéreur le fonds de commerce de leur père, dont leur mère n'avait reçu, disaient-ils, que l'usufruit et dont elle n'avait pu, par conséquent, céder la pleine propriété. L'acheteur répondait, en présentant l'acte de vente de 1784 et en alléguant le caractère mobilier et fongible du fonds et le droit qui en dérivait pour l'usufruitier de l'aliéner.

Le Tribunal Civil du Doubs par un jugement du 26 fructidor an VII avait décidé que le fonds de commerce « consistait en choses fongibles; qu'en effet les marchandises et les autres effets de commerce étaient choses « périssables et consommables et que de pareils objets « étaient susceptibles seulement d'un quasi usufruit et « pouvaient être vendus par l'usufruitier à charge d'en « restituer la valeur à la fin de la jouissance. »

C'était considérer le fonds comme un ensemble de marchandises, lui denying toute individualité.

Le jugement déféré au Tribunal d'appel de Besançon était infirmé par jugement du 23 thermidor an IX. Cette dernière décision admet, au contraire, que le fonds a une existence et une nature distinctes de celle des marchandises, qu'il était permis au testateur d'attribuer à sa femme les droits qu'il lui avait légués, qu'on devait considérer l'usufruit ainsi légué soit « comme un immeuble fictif, soit « comme une universalité de meubles, soit comme un « meuble précieux » et que c'était à tort que la veuve usufruitière l'avait aliéné.

Déféré à la Cour suprême ce jugement fut cassé par un arrêt de l'an XI qui admettait le système des premiers juges. La Cour décidait qu'un fonds de boutique ne constitue qu'une universalité de meubles et de meubles fongibles : « non seulement, dit l'arrêt, les éléments du fonds, c'est-à-dire les marchandises sont évidemment fongibles » mais que l'ensemble lui-même l'est également « parce qu'il est de nature à pouvoir être remplacé par de l'argent qui est le premier des objets fongibles. » Que dès lors il n'est susceptible que de quasi usufruit et peut par suite être aliéné par l'usufruitier.

Cette jurisprudence, moins large que celle de l'arrêt du 29 thermidor an IX qui faisait une distinction entre « la propriété physique » et « la propriété morale », entre les éléments matériels et les éléments immatériels entrant dans la composition des fonds de commerce, était fondée sur l'ancienne conception de la notion du fonds de commerce. Elle n'y voyait qu'un ensemble de marchandises.

Et pourtant les progrès de l'industrie, l'extension du commerce allaient faire chaque jour entrer dans l'ensemble des éléments le composant des éléments incorporels d'une valeur de plus en plus considérable.

Il nous suffira de citer, pour en démontrer l'importance, les brevets d'invention, les marques de fabrique et les dessins et modèles industriels.

Les brevets d'invention, conférant aux inventeurs, le

droit exclusif de vendre les produits inventés pendant quinze ans, permettaient souvent aux brevetés et à leurs cessionnaires de réaliser de véritables fortunes.

Ils pouvaient avoir une valeur énorme ; ils formaient souvent un élément important, quelquefois l'élément unique du fonds de commerce ou d'industrie. Et c'étaient des droits évidemment incorporels.

Les marques de fabrique, consistant dans un signe apposé sur ce produit, l'inscription du nom, une dénomination de fantaisie, des emblèmes vignettes combinaison de lettre ou de nom constituaient également une valeur incorporelle et souvent considérable. Leur dépôt au greffe du Tribunal de Commerce assurait au premier qui les déposait le droit pendant quinze ans, d'ailleurs renouvelables, d'interdire à tous autres le droit de vendre des marchandises ou des objets portant ces marques. Et l'industriel ou le commerçant qui fabriquait ou fournissait mieux, se formait, grâce à ce produit, une clientèle particulière et pouvait, grâce à ces marques, s'en assurer l'exploitation exclusive. Le public, désirant ces produits, était en effet amené à exiger ces marques et si d'autres que le dépositaire les apposaient sur leurs produits celui-ci avait contre eux non seulement l'action civile en concurrence déloyale, mais une action correctionnelle en contrefaçon.

Les dessins et marques de fabrique, dont la protection est assurée par un dépôt au secrétariat du Conseil des

prud'hommes et dont les contrefaçons sont punies des peines édictées par les articles 425 à 427 du Code pénal, peuvent également assurer aux industriels habiles ou aux établissements et fonds de commerce où ils sont exploités une plus-value considérable et le droit à cette plus-value est évidemment encore de nature incorporelle.

Les fonds de commerce, dans la composition desquels ces éléments entraient, ne pouvaient donc être considérés toujours comme les accessoires des marchandises auxquelles ils donnaient souvent toute leur valeur, être soumis aux règles régissant celles-ci.

Nous verrons dans les chapitres suivants comment on est arrivé d'abord à donner le pas aux éléments incorporels et en dernière analyse à distinguer les uns des autres.

CHAPITRE II

Caractère juridique des fonds de commerce.

Garanties qu'ils peuvent fournir.

Loi du 1^{er} mars 1898.

L'étude que nous venons de faire de la nature juridique du fonds de commerce et de son évolution historique et la recherche des éléments de plus en plus nombreux dont il s'est successivement formé, nous ont fourni une nouvelle occasion d'indiquer la valeur considérable pour laquelle ils entrent dans la fortune publique et l'importance de plus en plus grande qu'ils acquièrent au fur et à mesure des progrès de l'industrie et du commerce.

Les lacunes de la loi qui ne contenait aucune disposition y ayant trait avaient été souvent signalées et on était unanimement d'accord pour demander qu'elles soient comblées, que leur existence légale et leur caractère juridique soient reconnus, que leur possession et leur conservation soient assurées.

On avait bien édicté certaines dispositions protectrices de quelques-uns des éléments composant le fonds de com-

merce, la marque, le nom, les brevets, mais aucune disposition générale ne les réglementait. On pourvoyait comme on pouvait dans la pratique des affaires à leur transmission, à la conservation du capital qu'ils représentaient, notamment au cas de leur aliénation.

Mais si les droits des propriétaires des fonds étaient à peu près sauvegardés, il était difficile d'en tirer tous les avantages qu'ils étaient en état de procurer.

C'est ainsi, par exemple, qu'alors que le Crédit joue un rôle si considérable dans les affaires on ne pouvait donner son fonds en garantie, sans que les actes aux termes desquels on essayait de le faire soient exposés aux critiques et donnent lieu à des difficultés.

Des circonstances particulières, une crise dans le commerce des vins, ayant amené la multiplication de ces actes et suscité des procès sans nombre, on se préoccupait de cette situation, on cherchait et on trouvait les moyens de rendre ces nantissements de plus en plus efficaces et sûrs.

Traités comme des meubles corporels on exigeait d'abord le dessaisissement des fonds de commerce donnés en gage. Le dessaisissement en étant à peu près impossible l'attention était attirée sur le caractère incorporel de certains des éléments les composant. Leur remise en nantissement devenait ainsi plus facile.

Mais des difficultés s'élevaient sur leur caractère juridique, sur les éléments les composant qui devaient être

considérés comme en formant l'essence et la principale valeur ou ne pouvaient être considérés au contraire que comme des accessoires.

Les tribunaux ne se mettaient pas d'accord sur cette question et la loi du 1^{er} mars 1898 devait définir ce caractère.

La remise en nantissement des fonds de commerce, amenant la détermination de leur caractère, permettra bientôt une réglementation générale et la reconnaissance, la conservation et l'exercice du privilège des vendeurs de fonds de commerce jusque là insuffisamment protégés.

Une tâche s'imposait donc, il fallait chercher et c'était là le rôle des praticiens, les moyens pour les commerçants de se procurer du crédit en donnant en garantie la valeur de leur fonds de commerce, chercher par quel moyen on pourrait y arriver et quelles seraient les règles applicables. Les tribunaux par le fait même se trouvaient appelés à trancher toutes les difficultés qui pouvaient s'élever sur les discussions relatives aux garanties ainsi fournies.

Ni les praticiens ni les tribunaux n'avaient commencé par s'arrêter à la distinction qu'il y avait à faire entre les éléments si complexes dont la réunion compose habituellement le fonds de commerce. Ce sont seulement les circonstances et les nécessités pratiques qui ont amené les uns et les autres à une étude plus approfondie et qui les ont conduit à rechercher s'il n'y aurait pas lieu d'appliquer des règles différentes selon qu'on se trouverait en présence

d'objets corporels tels que les marchandises ou l'outillage ou de droits incorporels tels que baux, clientèle, achalandage, brevets d'invention, etc.

On s'était encore moins préoccupé jusqu'à ces derniers temps de la question de savoir si les fonds de commerce pouvaient être considérés et constituaient des universalités de droit ou des universalités de fait, expressions employées indifféremment et auxquelles on attachait peu d'importance mais dont nous verrons la portée considérable en étudiant dans notre dernier chapitre les législations étrangères qui fondent toutes leurs théories sur cette distinction.

Praticiens, juristes et tribunaux étaient d'ailleurs d'accord pour reconnaître que les fonds de commerce constituaient des biens meubles et conclure que si on voulait les donner en gage il fallait leur appliquer les règles de l'art. 2071 du Code civil.

Dalloz, rapportant un arrêt de la Cour de Paris du 26 juillet 1851 (1) dont nous examinerons la portée croit pouvoir résumer ainsi dans une note l'état à ce moment de la doctrine et de la jurisprudence.

« En matière de nantissement, dit-il, la jurisprudence
« s'est toujours prononcée, comme l'arrêt que l'on
« recueille ici, pour la nécessité d'une tradition maté-
« rielle. V. en effet *Dict. général* de M. A. Dalloz v° nantisse-
« ment n° 6. Suppl. cod. n° 10 et 13 ainsi que les arrêts cités

(1) Dalloz, 1852, 2, 219 (note 4).

« sous une décision de la Chambre des requêtes du 11 juin
« 1846 (D. P. 1846, 1, 252) auxquels il faut ajouter Paris,
« 12 janvier 1846 et 15 novembre 1850 (D. P. 1850, 2, 23
« et 24) décisions qui refusent l'une et l'autre de recon-
« naître la validité d'un prétendu nantissement ; la
« première, parce que la tradition invoquée était incertaine
« et insuffisante : la seconde, parce que l'objet, sur lequel
« un droit de gage était réclamé, n'était pas susceptible
« de tradition. D'après plusieurs des arrêts indiqués ici,
« comme d'après celui que nous rapportons, une signifi-
« cation du contrat de gage, qui ne peut, du reste, jamais
« être faite à tous les intéressés, ne pouvait remplacer la
« tradition même dans les cas où celle-ci ne serait pas
« possible. Parmi les choses non susceptibles de faire
« l'objet d'un nantissement, il faut, d'après un arrêt de
« Paris du 2 janvier 1843 (D. P. 43, 2, 77), comprendre le
« brevet nécessaire à la profession d'imprimeur ».

Les arrêts anciens auxquels l'auteur de cette note se réfère et l'arrêt rapporté ne paraissent pas cependant avoir toute la portée qu'il leur donne et il semble bien qu'on puisse y trouver les premiers germes et les premières indications d'une jurisprudence nouvelle et plus large qui commence déjà à tenir quelque compte du caractère juridique des éléments composant les droits donnés en nantissement et notamment du caractère incorporel de certains d'entre eux. Si les deux premiers sont des arrêts d'espèce tranchant principalement d'autres difficultés il faut recon-

naître qu'ils posent néanmoins nettement le principe. Un autre auteur, M. Gallard, a interprété ces arrêts dans le même sens. « La jurisprudence, dit-il (1), admet le nantissement du fonds de commerce, mais elle exige la dépossession effective du commerçant. Il lui semble impossible d'admettre que le débiteur reste à la tête de ses affaires une fois le gage consenti. Elle reste fidèle en cela aux principes stricts du Code civil qui exige l'appréhension réelle par le créancier de l'objet donné en gage. C'est à ses yeux l'unique moyen de faire connaître aux tiers le contrat de nantissement : c'est surtout un remède efficace contre toute fraude possible du commerçant qui ne peut consentir plusieurs nantissements successifs sur un même fonds, c'est enfin une protection efficace de la masse des créanciers chirographaires contre le privilège successif des créanciers gagistes ».

L'arrêt de la Cour de Paris du 12 janvier 1846 (2) s'attache surtout à étudier une question dont l'arrêteste conteste d'ailleurs la solution généralement admise ; la question de savoir si : « nantissement sur nantissement ne vaut. » (3) C'est incidemment seulement qu'il aborde la

(1) Gallard (thèse) *L'hypothèque judiciaire sur les fonds de commerce* page 98.

(2) D. P. 1851-2-23.

(3) *Contra* M. Troplong, du nantissement n° 316 qui enseigne qu'un gage peut être donné sur un même objet à plusieurs créanciers : « Il n'y a rien d'impossible, dit-il, à ce que le débiteur puisse donner ce gage à deux créanciers et qu'il les saisisse par la remise de doubles

question que nous examinons et qu'il rappelle que d'après l'article 2071 du Code civil « la tradition réelle est de l'essence du contrat de nantissement » : son véritable objet et sa principale préoccupation est surtout de déterminer les conditions dans lesquelles aux termes de l'article 2071 du Code civil le gage peut rester en la possession d'un tiers convenu.

Trente actions du Magasin pittoresque avaient été données en nantissement par un sieur Brown d'abord à M. Pothier de la Berthelière, puis le dit sieur Brown avait consenti un droit de gage sur ces mêmes actions à d'autres créanciers : mais il avait été convenu que chaque créancier exercerait le privilège résultant de son nantissement à son rang de date, les titres des actions demeurant d'ailleurs entre les mains du dit sieur Pothier de la Berthelière. Dans cette situation un sieur Martin, créancier de Brown, auquel celui-ci n'avait pas consenti de nantissement avait formé une saisie-arrêt sur les actions restées entre les mains de Pothier de la Berthelière.

La Cour, en cet état, adoptant d'ailleurs les motifs d'un jugement du Tribunal de la Seine en date du 22 août 1844 estime qu'il faut « que le tiers soit institué dépositaire « pour le compte du créancier ; qu'il détienne en son nom « et pour lui ; que telle n'était pas la position de Pothier

« clefs déposées entre leurs mains, de manière à ce qu'ils s'entendent « amiablement et de bonne foi pour la surveillance et la garde de la « chose et pour la vente en cas de non-paiement ».

« de la Berthelière qui n'avait reçu les actions dont il
 « s'agit que dans son propre intérêt et comme créancier
 « gagiste. »

Le second arrêt cité dans sa note par M. Dalloz, celui du 15 novembre 1850 (1) et le jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 7 juin 1849 sur l'appel duquel il était intervenu statuent sur une question de même nature et dans le même sens.

Soixante-quinze actions de la Compagnie du Gaz avaient été déposées chez un notaire par un sieur Barreau en garantie d'une gestion dont il était chargé, puis, sans déplacement il les [avait données en nantissement à une société Gouin pour sûreté d'une somme de 363.500 francs. Survient la faillite du sieur Barreau. Le syndic revendique les soixante-quinze actions et sur la résistance de la Société Gouin actionne celle-ci en nullité du nantissement à elle consenti.

La Cour décide encore ici que le deuxième nantissement est nul « la maison Gouin n'ayant pu préalable-
 « ment se trouver dans les conditions de saisie effective
 « pure et simple qui sont indispensables pour que le
 « nantissement soit valable. »

Comme nous le disions un peu plus haut, nous devons d'ailleurs reconnaître que ces deux arrêts tranchaient des difficultés d'une autre nature que celles que nous voulons

(1) D. P., 1851, 2, 24.

étudier, mais que le principe que nous voulons dégager, à savoir « que la détention réelle était nécessaire » y était nettement affirmé.

Quant au troisième, l'arrêt de la Cour de Paris du 26 juillet 1851 (1), c'est à tort selon nous qu'il a été considéré comme le monument le plus clair et le plus net de toute cette première jurisprudence.

Il décidait bien qu'il ne peut y avoir un nantissement valable d'un fonds de boulangerie si le commerçant a continué lui-même l'exploitation de son fonds, mais voici en quels termes :

« Considérant en droit que les seuls objets susceptibles
 « d'être remis en gage sont ceux qui peuvent être transmis
 « entre les mains du gagiste ou d'un tiers convenu entre
 « les parties ; qu'il est de l'essence de ce contrat que cette
 « tradition soit effectuée et que le débiteur soit dessaisi ;
 « que ces principes ne peuvent trouver leur application au
 « cas dont il s'agit ; qu'en effet le numéro ou la permis-
 « sion de police nécessaire pour l'exercice de l'industrie
 « ne constitue qu'une faculté purement personnelle dont
 « le titulaire en exercice ne peut être un instant dessaisi :
 « que dans l'espèce cette permission est toujours restée
 « aux mains d'Aillard qui la représente : que les signifi-
 « cations de la convention relative au gage faites soit au
 « préfet de police, soit au syndicat de la boulangerie font

(1) D. P., 1852, 2, 249.

« indication seulement de la volonté de transmettre mais
 « ne sauraient équivaloir à une tradition même symbo-
 « lique... »

S'il exigeait encore la remise du fonds entre les mains du créancier comme condition essentielle de la validité du nantissement, il semble admettre quelque atténuation à la rigueur du principe et permet à la doctrine d'élaborer une nouvelle théorie.

Cet arrêt affirme encore un principe suivi jusque-là et non contesté, il statue en fait sur un point bien déterminé et c'est surtout un arrêt d'espèce. On y lit, par exemple :

« Que les significations relatives au gage faites, soit au
 « Préfet, soit au syndicat de la boulangerie, font indica-
 « tion seulement de la volonté de transmettre mais ne
 « sauraient équivaloir à une tradition même symbolique. »

Il y a plus et l'arrêt constate la possibilité d'une tradition symbolique et quand on aura reconnu à cette tradition symbolique l'équivalence avec une tradition matérielle, la remise en nantissement des fonds de commerce sera devenue possible.

En tous cas il n'est pas exact que la jurisprudence dont l'arrêt de 1851 fait encore une application ait continué à exiger pour la validité des nantissements une tradition réelle et matérielle jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1888 que nous allons examiner plus loin et qui consacre définitivement une jurisprudence beaucoup plus libérale.

Si l'on est forcé d'admettre que cette première jurisprudence protège efficacement la masse des créanciers chirographaires, par contre « elle supprime aussi du même coup pour le commerçant tout le bénéfice de ce moyen « de crédit. » Il fallait donc chercher par tous les moyens possibles à éviter ce danger et l'on devrait s'ingénier, en effet, à tourner la difficulté.

La doctrine et la jurisprudence avaient donc par tous les moyens possibles cherché à éviter le danger de la mise en possession du créancier et du dessaisissement du débiteur. On avait même été jusqu'à admettre pour les objets corporels une tradition symbolique tant le dessaisissement du débiteur pouvait présenter d'inconvénients.

Il a été jugé sur ce dernier point (1) que la tradition des marchandises de gros volume s'effectuait valablement par la simple remise des clefs du magasin dans lequel elles étaient enfermées la dite remise plaçant en effet la chose sous la puissance réelle du créancier. On a même été jusqu'à dire qu'il en serait de même s'il avait été convenu que le débiteur donnerait à la chose engagée tous les soins nécessaires à sa conservation. Il suffisait pour cela que les marchandises aient été déposées dans des entrepôts distincts de ceux du débiteur, loués spécialement par le créancier et dont il a eu les clefs. Nous pou-

(1) Dalloz, *Répertoire de législation*, Nantissement, page 455, n° 122 et 123.

vons rapporter en ce sens un arrêt de la Chambre des requêtes du 11 avril 1842 (1).

« Attendu que l'article 2080 du Code civil, qui charge
« le créancier gagiste de la conservation du gage, ne s'op-
« pose pas à ce que le débiteur s'oblige de donner ses
« soins aux marchandises qui font l'objet du nantissement,
« alors surtout que les dites marchandises ne cessent pas
« d'être en la possession du créancier et que leur conser-
« vation exige, comme dans l'espèce, des connaissances
« spéciales que seul possède le débiteur. Attendu que la
« remise momentanée entre les mains du débiteur de la
« clef des caves où, suivant l'arrêt attaqué, sont toujours
« restés les vins sur lesquels porte la demande à fin de
« privilège, étant la conséquence nécessaire de la conven-
« tion qui chargeait le débiteur de soigner et de con-
« server lesdits vins, ne peut être considéré comme des-
« saisissement du gage de la part des créanciers. Attendu
« qu'il est constaté, par le dit arrêt, qu'un état des bou-
« teilles de vins données en nantissement a été annexé au
« contrat conformément à la loi; que, si un certain
« nombre de bouteilles, sur lesquels les prêteurs n'élèvent
« aucune prétention, a été enlevé de leurs caves, les vins
« qui font l'objet de leur demande sont portés au dit état;
« que leur identité avec ceux donnés en gage est certaine
« et qu'ils n'ont subi aucun déplacement ni aucune trans-

(1) S., 1842, 1, 925.

« formation. Qu'il suit de là qu'en maintenant leur privi-
« lège sur ces vins la Cour de Dijon, loin d'avoir violé les
« articles 2074 et 2076 et faussement appliqué l'art. 2080
« du Code civil, s'est exactement conformée aux disposi-
« tions de la loi en matière de nantissement : Rejette. »

Si on était arrivé à admettre de très grands accommodements pour les objets corporels, permettant d'éluder l'application littérale de l'article 2071 du Code Civil, on se trouvait fatalement amené à rechercher les moyens de suppléer au silence de la loi en ce qui concerne les droits incorporels et à se servir des équivalences.

M. Labori dans son répertoire encyclopédique (1) le pose en principe et nous nous rattachons à son opinion.
« Le fonds de commerce, dit-il, est un meuble incorporel.
« En conséquence, etc.... il peut faire l'objet d'un nantis-
« sement par simple remise du titre de propriété au
« créancier et signification de l'acte de nantissement au
« bailleur de l'immeuble dans lequel est établi le fonds,
« alors surtout que la partie essentielle du fonds consiste
« dans l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail. »

Et en ce sens il cite divers arrêts antérieurs à l'arrêt de 1888 en disant que la jurisprudence de l'arrêt de 1831 n'était pas absolue. Parmi ces arrêts nous pouvons citer

(1) *Gazette du Palais*, Répertoire encyclopédique. Fonds de commerce n° 3, page 583.

celui de la Cour de Paris du 26 février 1852 (1) et un arrêt de la Cour de Cassation du 13 avril 1859 (2).

Dans le premier de ces arrêts nous pouvons relever les considérants suivants qui nous montrent qu'un droit incorporel pouvait être mis en gage et que par conséquent la tradition symbolique existait. « Considérant que le droit à
« un bail peut être l'objet d'un contrat de nantissement
« comme tout autre droit incorporel, à la condition de
« l'accomplissement des dispositions des articles 2075 et
« 2076 du Code Civil. Qu'il importe peu à la validité du
« nantissement que le bail soit ou ne soit pas encore en
« cours d'exécution. Que si ce bail ne transfère point au
« créancier la propriété du droit mis en gage, il affecte la
« propriété de ce droit d'une altération ou démembrement
« qui ne permettrait plus au débiteur d'en disposer au
« détriment du gagiste. »

L'arrêtiste a d'ailleurs fait suivre cet arrêt d'une note où on lit : « D'un autre côté il faut reconnaître que les objec-
« tions, faites par un arrêt de la Cour de Paris du 26 juil-
« let 1851 (déjà cité) à la mise en gage d'un numéro de
« boulangerie et qui consistaient dans l'impossibilité d'ac-
« complir la formalité de dessaisissement, ne peuvent se
« présenter ici : car, en se faisant remettre le bail et en
« signifiant au propriétaire la convention de gage, le

(1) D. P. 1853, 2, 15.

(2) D. P. 1859, 4, 117.

« créancier gagiste a enlevé au locataire toute possibilité
« d'user de la faculté de sous-louer. »

Nous pourrions nous demander ici si cette impossibilité est bien réelle, mais cela nous entraînerait à des développements par trop étrangers à la question.

L'arrêt de 1859 a jugé absolument dans le même sens et la Cour de Cassation a décidé contrairement à la Cour de Lyon, qui avait exigé la mise en possession des lieux loués, que le gage se trouvait constitué par cela seul que l'acte de bail avait été remis au créancier et que l'acte de nantissement avait été signifié au bailleur.

Un troisième arrêt du 6 mars 1861 (1) sur cette question mérite encore d'être signalé et ses attendus d'être rapportés.

« Sur le cinquième moyen, dit la Cour, tiré d'une prétendue violation des articles 2075 et 2076 du Code Civil,
« en ce que l'arrêt attaqué aurait validé un contrat de
« nantissement quoiqu'il n'eut pas été suivi de la prise
« de possession réelle par les créanciers de la chose
« donnée en gage. — Attendu que si l'article 2076 exige,
« pour assurer au créancier le bénéfice du privilège résultant du contrat de nantissement, que la chose donnée
« en gage lui ait été remise et soit restée en sa possession,
« les prescriptions de la loi sont à cet égard accomplies,
« lorsqu'il s'agit de droits incorporels, par la remise entre

(1) D. P. 1861, 1, 417.

« les mains du créancier des titres constitutifs de ces droits
« et par la signification qui en est faite au débiteur. — Et
« attendu en fait, qu'en ce qui concerne le nantissement,
« litigieux, toutes ces formalités ont été observées, qu'ainsi
« c'est à bon droit que ce contrat a été déclaré valable.
« — Qu'il suit de là que, à tous points de vue, l'arrêt
« attaqué, loin d'avoir violé les dispositions de la loi
« qu'invoque le pourvoi, en a fait au contraire une juste
« et saine application. Rejette. »

C'était donc sur un terrain bien préparé et alors que tout le monde avait l'esprit tourné dans cette voie que la Cour de Cassation a rendu l'arrêt du 13 mars 1888 (1).

Cet arrêt a souvent été considéré comme un revirement complet dans la jurisprudence, mais, à notre avis, il a seulement consacré en termes définitifs toute une jurisprudence qui s'était formée et à laquelle on allait donner force de loi. Aussi nous semble-t-il à ce titre mériter d'être reproduit tout entier.

En 1873 Bourgeois fonda à Cannes un hôtel sous le nom de Splendid Hôtel. Puis par un acte notarié du 22 décembre 1881 il vendit ce fonds de commerce à Robin moyennant un prix de 150.000 francs. Pour acquitter son prix d'acquisition, Robin dut emprunter à Poydenot une somme de 40.000 francs qui fut garantie aux termes d'un acte notarié en date du 27 décembre 1881 par la mise en

(1) D. P. 1888, 1, 351.

gage dudit fonds au profit de Poydenot : M. et Mme Robin, pour garantir à M. Poydenot le remboursement du montant de la présente obligation, lui ont, par ces présentes, remis à titre de nantissement en gage le fonds de commerce d'hôtel meublé, exploité à Cannes... comprenant : 1° la clientèle et l'achalandage proprement dit ; 2° le matériel et mobilier ; 3° le droit aux baux des lieux où s'exploite le dit fonds. En conséquence M. Poydenot exercera sur le fonds de commerce à lui remis en gage et plus particulièrement sur les baux sus énoncés les droits et privilèges que lui confère la loi... par préférence et priorité à M. et Mme Robin et tous autres, mais postérieurement à M. Bourgeois pour ce qui peut rester dû à ce dernier sur le prix d'acquisition. Afin d'assurer à M. Poydenot le privilège résultant du présent nantissement M. et Mme Robin lui ont remis une expédition du contrat de vente sus énoncé du 22 décembre courant. Pour régulariser cette mise en gage les parties remplirent donc les formalités suivantes : 1° remise des titres d'acquisition au créancier gagiste ; 2° signification par un exploit du 27 janvier 1882 de ce nantissement au propriétaire et bailleur de l'immeuble où l'hôtel était exploité.

Le nantissement ainsi constitué, Robin continua lui-même l'exploitation du Splendid Hôtel, mais en 1884 il fut déclaré en faillite.

Poydenot produisit alors à cette faillite pour 40.000 fr. en demandant l'admission de son privilège de créancier

gagiste, à raison du nantissement qui lui avait été consenti le 27 décembre 1881. Le syndic résista à cette prétention et le tribunal de commerce de Grenoble, s'appuyant sur la première jurisprudence rapportée ci-dessus, sanctionna la résistance du syndic par un jugement en date du 7 avril 1884, jugement qui n'admettait pas que le nantissement ait été valablement constitué puisque le débiteur commerçant était toujours resté à la tête de ses affaires et qu'il n'y avait eu en fait aucun dessaisissement réel.

Poydenot fit appel et le 16 avril 1886 un arrêt de la Cour de Grenoble, reformant la décision du Tribunal de commerce, déclarait bon et valable le nantissement consenti et admettait Poydenot à la faillite en qualité de créancier gagiste pour 40.000 francs et les intérêts par privilège et préférence aux autres créanciers.

Cet arrêt, consacrant une opinion déjà courante dans la doctrine, décidait, disait M. Gallard, que dans un fonds de commerce les éléments dominants étant toujours incorporels, le fonds devait être toujours considéré comme une universalité incorporelle. En conséquence les règles des articles 2075 et 2076 s'appliquaient à sa mise en gage et les deux formalités exigées, signification au débiteur et remise des titres au créancier gagiste étaient suffisantes pour valider le nantissement consenti.

Le syndic prétendant qu'il y avait eu violation et fausse application des articles 2075 et 2076 du Code civil, 91 et

92 du Code de commerce se pourvut en cassation, mais son pourvoi fut rejeté par l'arrêt suivant :

« La Cour : Sur le moyen unique pris de la violation et
« fausse application des articles 2075, 2076, 2102 du
« Code civil, 91 et 92 du Code de commerce : Attendu que
« par acte notarié du 27 décembre 1881 les époux Robin
« ont, pour sûreté d'un prêt de 40.000 francs, donné en
« nantissement à Poydenot le fonds de commerce désigné
« sous le nom de Splendid Hôtel par eux exploité à
« Cannes et comprenant la clientèle et l'achalandage, le
« droit au bail de l'immeuble, le mobilier et le matériel
« servant à l'exploitation : — Attendu que le dit fonds de
« commerce constituait ainsi une universalité juridique
« d'éléments divers dont les uns, le matériel et le mobi-
« lier, étaient des meubles corporels, et dont les autres,
« le titre, l'achalandage et le droit au bail, avaient le
« caractère de meubles incorporels : — Attendu que la par-
« tie essentielle d'un fonds de commerce de cette nature
« est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail ; que ce
« sont principalement les éléments qui le constituent, et
« que le mobilier proprement dit qu'un instrument de son
« exploitation : — Attendu d'ailleurs que l'arrêt attaqué
« déclare que, dans l'espèce, rien ne permet d'attribuer
« au mobilier et au matériel une valeur supérieure à
« celle des autres éléments du fonds de commerce, objet
« du nantissement : Qu'en jugeant dans ces circonstances
« que le dit fonds de commerce pris dans son ensemble

« était un meuble incorporel, la Cour de Grenoble n'a
« violé aucune loi : — Attendu que lorsque la chose donnée
« en gage est incorporelle, pour opérer la constitution du
« nantissement et la création d'un privilège, il faut, mais
« il suffit : 1° que le créancier gagiste ait signifié l'acte
« de nantissement au débiteur de la chose engagée ;
« 2° que celui qui constitue le gage ait remis au créancier
« gagiste le titre établissant son droit sur la chose enga-
« gée : — Que dans ce cas, en effet, la tradition matérielle
« étant impossible la mise et le maintien en possession du
« gage, exigés par l'article 2076 résultent de la remise
« et de la détention du titre aux mains du créancier. —
« Attendu que lorsque ce titre est un acte authentique ce
« serait ajouter à la loi que d'exiger la remise de la
« grosse : — Que la remise d'une expédition suffit pour
« opérer le dessaisissement du débiteur et l'investissement
« du créancier et satisfait aux prescriptions légales. —
« Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que les
« époux Robin ont remis à Poydenot au moment même,
« où le nantissement était par eux consenti, une expédi-
« tion de l'acte notarié établissant leur droit sur le fonds
« de commerce du Splendid Hotel et que Poydenot a, par
« exploit du 27 janvier 1882 fait signifier l'acte de nan-
« tissement au propriétaire de l'immeuble : d'où il suit
« que l'arrêt attaqué, en déclarant que dans l'espèce le
« nantissement était régulier et devait produire tous ses
« effets légaux, n'a fait qu'une exacte application de la loi.

« Par ces motifs : rejette. »

La Cour de Cassation en rendant cet arrêt n'avait peut-être pas l'intention, qu'on lui a prêtée, de rendre un arrêt de principe absolument formel. Nous pouvons en effet relever certaines expressions qui pourraient faire croire qu'au contraire elle s'était contentée de rendre un simple arrêt d'espèce.

Ainsi, par exemple, il nous dit : « Attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce de cette nature est l'enseigne, etc... Que ce sont principalement les éléments qui le constituent. » Encore un peu plus loin revenant à cette idée du fonds de commerce spécial dont il s'agit : « Attendu, d'ailleurs, que l'arrêt attaqué déclare que dans l'espèce rien ne permet d'attribuer au mobilier et au matériel une valeur supérieure à celle des autres éléments du fonds, etc... »

Toujours est-il que toutes les Cours d'appel, fortes de la consécration donnée par la Cour de Cassation, avaient été amenées à adopter cette jurisprudence qui répondait si bien aux besoins de la pratique en permettant la remise en nantissement des fonds de commerce. Si la Cour de cassation n'avait pas très nettement posé le principe, dans la jurisprudence qui suit, les Cours d'appel le posèrent sans hésitation.

Un arrêt de la Cour de Paris du 21 juillet 1892 (1)

(1) D. P., 1893, 2, 108.

s'exprime, comme il suit, sur la question spéciale du caractère incorporel du fonds de commerce : « Considérant
 « que, malgré la diversité des éléments dont il se com-
 « pose, un fonds de commerce n'en est pas moins une
 « chose unique ayant une existence propre et indépen-
 « dante de ses parties ; que pour déterminer la nature
 « juridique de cette chose, les principes généraux du
 « droit commandent de s'attacher à ses éléments essentiels,
 « de leur accorder la prédominance sur ceux qui ne sont
 « qu'accessoires ; — Que les éléments essentiels d'un éta-
 « blissement commercial, ceux qui constituent réellement
 « le fonds sont le titre, l'enseigne et l'achalandage, sans
 « lesquels il ne saurait subsister dans son identité ; que
 « le matériel, les ustensiles et les marchandises, simples
 « moyens d'exploitation, qui peuvent être changés ou
 « modifiés sans que l'existence même du fonds de com-
 « merce en soit affectée, n'en sont que des éléments
 « accessoires ; que le titre, l'enseigne et l'achalandage
 « étant de nature mobilière et incorporelle il en résulte
 « que le fonds de commerce tout entier revêt le même
 « caractère. »

Le caractère incorporel du fonds de commerce ainsi établi et la prédominance des éléments incorporels sur les éléments corporels ainsi déterminée, la Cour, passant ensuite à la remise en nantissement de ce fonds de commerce, meuble incorporel, était aussi nette : « Qu'aux
 « termes de l'article 2071 du Code civil, dit-elle, le nantis-

« sement s'opère par la remise au créancier de la chose
« qui lui a été donnée en gage ; que les meubles incor-
« porels n'étant pas susceptibles d'appréhension physique,
« leur tradition ne peut s'effectuer que par la remise des
« titres qui en sont la représentation ; que les sieurs
« Hartmann et Martin ont donc été régulièrement nantis
« par la représentation que la demoiselle Rodez leur a
« faite de ses titres de propriété sur le fonds de commerce
« qu'elle leur a donné en gage ; que s'il en était autrement
« le nantissement d'un fonds de commerce serait impos-
« sible ; qu'en effet la signification prescrite par l'ar-
« ticle 2075 pour le nantissement des créances ne peut
« avoir lieu dans le cas où la chose donnée en gage est la
« propriété du débiteur, et où il a sur elle un droit réel
« absolu, opposable à tous ; que la loi ayant décidé qu'en
« cas de vente, la tradition des choses incorporelles se fait
« par la remise des titres, il y a lieu d'admettre par ana-
« logie de motifs que cette même remise de titres est suffi-
« sante en cas de nantissement ; que le syndic objecte
« vainement qu'en tous cas le nantissement n'a pas pu
« s'établir sur le matériel et les marchandises puisqu'ils
« auraient pu être livrés effectivement aux sieurs Hartmann
« et Martin ; que le nantissement, régulièrement constitué
« sur les éléments incorporels du fonds de commerce, s'est
« virtuellement étendu sur ses éléments corporels, ceux-
« ci se confondant avec ceux-là et ne formant qu'un seul
« et même tout... »

Nous pouvons par conséquent dire avec M. Wahl que, si la Cour de Cassation avait évité de résoudre en droit la question de principe parce qu'à ses yeux le fonds de commerce était une universalité juridique dont la nature se trouvait déterminée par ses éléments essentiels tantôt incorporels comme la clientèle, l'achalandage et le droit du bail, tantôt corporels comme les marchandises, que suivant l'importance de l'élément incorporel ou de l'élément matériel, le nantissement d'un fonds de commerce était tantôt subordonné aux formalités de nantissement des meubles incorporels ou à celles des nantissements des meubles corporels ; que si donc, disons-nous, la Cour de Cassation avait évité de résoudre en droit la question de principe, d'autres décisions avaient été beaucoup plus loin. Ces Cours, résolvant la question en droit, voulaient que, dans le fonds de commerce, les éléments incorporels soient toujours des éléments essentiels et que, par conséquent, seules les formes de nantissement des meubles incorporels soient applicables.

Mais cette nouvelle jurisprudence si absolue allait se heurter à des difficultés tout à fait inattendues. Les Tribunaux de Commerce en effet et tout particulièrement le Tribunal de Commerce de la Seine adoptaient une jurisprudence diamétralement opposée à celle des Cours et, malgré les infirmations dont leurs jugements étaient l'objet, ils annulaient les nantissements de fonds de commerce qu'on avait considérés comme meubles incorpo-

rels et qui, par conséquent, avaient été dispensés de tradition matérielle. On peut voir en effet, dans la jurisprudence du Tribunal de Commerce de la Seine que depuis 1893 ce tribunal décidait constamment que la validité du nantissement d'un fonds de commerce était, comme celle du nantissement de tout meuble corporel, subordonnée à la mise en possession du créancier. Nous pouvons voir la raison qu'il en donnait dans un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 24 août 1893 (1) qui n'est, d'ailleurs, que la répétition d'un jugement du 9 janvier 1892 rendu par le même tribunal. « Attendu, « disait-il, que le fonds de commerce d'un commerçant « constitue le gage commun et apparent de ses créanciers ; « qu'il engendre la foi des tiers, et qu'il ne peut dépendre « d'un acte resté sans publicité et par conséquent ignoré « des intéressés, de distraire ce fonds de l'actif de la « masse des créanciers, »

Le Tribunal de Commerce de la Seine était même allé plus loin et dans un jugement du 18 janvier 1896 (2) il avait décidé que la mise en possession d'un fonds de commerce consistant dans la détention d'un ensemble d'objets mobiliers et de meubles incorporels formant un tout indivisible et qui doit être géré et administré d'une façon continue et ininterrompue, que les nécessités de cette

(1) *Journal du Palais*, 1897, 2, 90.

(2) *Journal du Palais*, 1897, 2, 96.

gestion apportant un obstacle insurmontable à ce que le créancier gagiste soit mis en possession du fonds de commerce, le nantissement du dit fonds était nul alors même qu'il aurait été stipulé que le fonds de commerce serait remis entre les mains du créancier gagiste ou d'un tiers convenu.

Ce jugement avait été rendu dans l'espèce suivante : La dame Certonciny avait vendu par acte sous seings privés, en date à Paris du 12 mars 1895, aux époux Pottier le fonds de commerce d'hôtel meublé connu sous le nom d'hôtel du Danube et de Glascow, exploité à Paris, rue Richepanse, n° 11, et ce, pour le prix de 200.000 francs, payables 100.000 francs comptant et le surplus par fractions semestrielles du 1^{er} octobre 1895 au 1^{er} avril 1905. Ledit acte contenait la clause suivante : « A la sûreté et garantie du paiement du solde du prix de vente ainsi que des intérêts, les époux Pottier donneront en nantissement à la dame Certonciny le fonds de commerce, le matériel d'exploitation, le mobilier garnissant l'hôtel et le droit au bail. » Les époux Pottier n'avaient pas obtempéré à la sommation à eux faite d'avoir à régulariser le nantissement et la dame Certonciny avait voulu les faire déclarer déchus du terme.

Dans son jugement du 18 janvier 1896, nous dit M. Wahl, le Tribunal de Commerce de la Seine, pour déclarer nul le nantissement du fonds de commerce, s'est fondé sur des considérations d'un ordre spécial. Si on admet, dit le Tri-

bunal, contrairement à la jurisprudence, que le débiteur, qui donne son fonds de commerce en nantissement, doit abandonner l'exploitation au créancier ou à un tiers convenu, le contrat sera nul : le dessaisissement constitue une condition impossible, aux termes de l'article 1172, car, ou le débiteur dessaisi de l'administration resterait responsable vis-à-vis des tiers à raison des fautes commises par l'exploitant, et cela serait injuste, ou le débiteur serait irresponsable, et on ne peut mettre les tiers en présence d'un gérant et d'un titulaire irresponsables tous deux (1). M. Thaller, qui se rallie à cette opinion, estime toutefois que le nantissement ainsi consenti sera valable pour les éléments corporels, si les prescriptions des articles 2075 et 2076 du Code civil ont été remplies en ce qui les concerne (2).

Par conséquent, comme le dit M. Millerand, rapporteur de la loi du 1^{er} mars 1898 : « Comme la dépossession effective du commerçant et la remise du fonds aux mains du créancier gagiste seraient pratiquement impossibles, la conséquence rigoureuse de la théorie adoptée par les tribunaux consulaires, serait, en fait, l'interdiction de la dation en nantissement des fonds de commerce. C'est du reste la conclusion où a logiquement abouti le Tribunal de Commerce de la Seine dans son jugement du 18 janvier 1896. »

(1) *Journal du Palais*, 1897, 2^e partie, note de M. Wahl, § 2, n^o V, page 91.

(2) *Annales de droit commercial*, 1889, doctrine page 221.

Cette divergence radicale entre les décisions des Cours et celles des Tribunaux consulaires constituait un véritable danger auquel il fallait remédier et devait appeler l'attention du législateur.

M. Wahl rapportant diverses décisions des Tribunaux de Commerce et des Cours, les discutant et en faisant ressortir les divergences, concluait comme il suit : « Nous sommes d'avis que mieux vaudrait invalider les nantissements de fonds de commerce que de se contenter pour leur validité des formalités dont la jurisprudence se déclare satisfaite. Mais cette nullité n'est pas conforme aux principes et c'est ce que, après avoir étudié la nature juridique des fonds de commerce, laquelle domine le débat, je prendrai soin d'établir. »

C'est absolument la même thèse que reprenaient M. Millerand, rapporteur à la Chambre de la loi du 1^{er} mars 1898, dont il avait pris l'initiative et M. Thezard, son rapporteur au Sénat.

Ils signalaient les lacunes de cette législation sur cette question, la nécessité de mettre fin à l'opposition qui existait entre les Tribunaux consulaires et les Cours et proposaient d'y remédier.

M. Thezard dans son rapport devant le Sénat (1), s'exprimait en effet en ces termes :

« La conclusion ainsi dégagée de la jurisprudence des Tribunaux de Commerce était commandée par l'im-

(1) *Journal Officiel* du 20 février 1898, annexe 94, page 809.

« perfection ou plutôt par l'absence totale des moyens
« utiles de publicité.

« N'y avait-il pas cependant un intérêt véritable à
« rendre pratique le nantissement d'un fonds de com-
« merce? N'était-il pas utile qu'un commerçant, en une
« heure de crise, put trouver un moyen de crédit, un
« moyen de salut peut-être dans l'engagement d'un fonds
« de commerce? Et était-il donc possible d'arriver à ce
« résultat qu'il donnât à ses prêteurs une garantie solide,
« sans que cependant les tiers fussent victimes d'un enga-
« gement occulte?

« Il fallait, pour arriver à ce résultat, combler une
« lacune de la loi. Il fallait constituer une substance et une
« individualité juridique à cette valeur, qu'on nomme un
« fonds de commerce, et édicter, pour sa constitution à
« titre de gage, des règles appropriées à sa nature et aux
« nécessités du crédit. »

C'était là le but que se proposait d'atteindre le législateur
en votant la loi du 1^{er} mars 1898, paragraphe additionnel
à l'article 2075 et ainsi conçu :

« Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à
« peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un
« registre public tenu au greffe du Tribunal de Commerce
« dans le ressort duquel le fonds est exploité. »

Nous verrons dans le chapitre suivant que ce but n'avait
pas été complètement atteint et que la nécessité d'une
nouvelle disposition de la loi s'était bientôt fait sentir.

CHAPITRE III

Privilège du vendeur. — Garanties le protégeant avant la loi du 17 mars 1909

La Chambre et le Sénat, en votant le paragraphe ajouté à l'article 2075 du Code civil par la loi du 1^{er} mars 1898, ne pouvaient s'en dissimuler l'insuffisance.

M. Thezard, dans son rapport au Sénat (1), l'avait d'ailleurs formellement signalé.

« De là discussion, y disait-il, s'est dégagée cette idée
« qu'il conviendrait de généraliser la réforme en l'étendant
« par identité de motifs à la cession même des fonds de
« commerce.

« La publicité des cessions de fonds de commerce aussi
« bien que celle de leurs nantissements est assurément
« désirable. Il eut été bon que de telles cessions ne fussent
« opposables aux tiers qu'après avoir été portées à leur
« connaissance et la Commission exprime le vœu que
« l'étude du projet de loi en ce sens, déposé par
« M. Dufaure, garde des sceaux, soit reprise le plus tôt
« possible. »

(1) *Journal Officiel*, *op. cit.*

Nous avons rappelé dans l'introduction les motifs qui avaient décidé le législateur à passer outre, à ajourner, en ce qui concerne les cessions de fonds de commerce, la réforme dont il reconnaissait l'opportunité et à imposer pour les nantissements seulement la publicité qu'il estimait aussi désirable pour les cessions.

L'événement allait bientôt démontrer combien peuvent être dangereuses les lois insuffisamment étudiées et votées hâtivement en vue d'intérêts spéciaux et momentanés.

Le législateur n'avait pas prévu qu'il allait mettre les vendeurs de fonds de commerce dans la nécessité de se faire consentir des nantissements sur les fonds aliénés par eux, et que les nantissements qu'ils allaient se faire consentir, étant donné leur situation spéciale, susciteraient d'autres difficultés. En croyant mettre fin aux divergences qui s'étaient produites dans la doctrine et la jurisprudence, il allait en effet fournir encore des prétextes à la résistance des Tribunaux de Commerce et donner lieu à de nouvelles controverses. Les dangers de l'état de choses créé par une loi incomplète allaient bientôt devenir tels que le sort d'une mesure qui, généralisée, pouvait avoir son utilité allait être compromis et qu'on allait être amené, non sans raison, à en demander l'abrogation pure et simple.

La nécessité où les vendeurs de fonds de commerce allaient se trouver de se faire consentir des nantissements était cependant facile à prévoir.

Comment auraient-ils pu admettre que les acheteurs,

dont ils n'avaient pu obtenir le paiement comptant, auraient la faculté le lendemain de leur acquisition de se procurer sur le fonds de commerce non payé des sommes pour lesquelles les créanciers nantis, en cas de revente, viendraient avant eux sur le prix de cette revente.

La publicité des nantissements, que les vendeurs étaient dès lors forcés d'imposer, remplacerait celle qu'on aurait dû donner à la cession et la loi aurait le singulier effet de rendre nécessaire une formalité équivalente à celle qu'on n'avait pas cru devoir édicter.

Les inconvénients que le législateur avait cru éviter, en n'étendant pas la réforme aux cessions, allaient forcément se produire. Pour les faire sentir, pour faire comprendre les difficultés qui allaient surgir, il est nécessaire d'indiquer quelle était, avant la loi du 17 mars 1909, la situation des vendeurs de fonds de commerce non payés, les garanties que la loi leur accordait.

Ils pouvaient, avant cette loi, se prévaloir soit du privilège accordé au vendeur par le § 4 de l'article 2102 du Code civil et du droit de revendication leur appartenant dans certains cas, soit enfin de l'article 1654 accordant au vendeur non payé le droit de demander la résolution de la vente.

Mais ni le privilège et le droit de revendication qui en était le corollaire, ni l'action en résolution ne leur fournissaient de garanties absolument sûres.

L'article 550 du Code de commerce, en effet, édictait

que le privilège et l'action en revendication du vendeur d'effets mobiliers ne pourraient être exercés contre la faillite, et les meubles, n'étant pas susceptibles du droit de suite, les créanciers en concours avec les vendeurs devaient être facilement amenés à prétendre qu'en cas de revente l'action en résolution, ne pouvant préjudicier au tiers acquéreur, ne saurait être exercée.

C'était sur ces théories que s'établissait la jurisprudence des Tribunaux de commerce, décidés à reprendre, à l'occasion des droits des vendeurs, la lutte soutenue à l'occasion des nantissements. Ni les décisions des Cours d'appel, ni celles de la Cour de cassation, ni les dissertations des plus éminents jurisconsultes ne pouvaient les faire revenir sur cette jurisprudence. La loi du 17 mars 1909 devait seule y mettre un terme.

I. Le premier danger couru par le vendeur d'un fonds de commerce était la mise en faillite de son acheteur. Pour qu'un acheteur ne soit pas en mesure de payer son prix, ou la partie de son prix restant due, aux échéances fixées il fallait que sa situation soit bien compromise et il devait être bien rare que, dans ce cas, il n'ait pas d'autres créanciers. Ces créanciers pourraient élever la prétention de venir au partage du prix restant dû en concours avec le vendeur. Si celui-ci s'y refusait, ils feraient prononcer la faillite du débiteur et, par application de l'article 550 du Code de commerce, tomber son privilège.

Pour parer à ce danger, le vendeur n'aurait qu'une ressource : demander la résolution de la vente. Mais c'était une voie qu'il devait hésiter à suivre. Quand un commerçant vend son fonds de commerce, c'est généralement, en effet, parce qu'il se trouve dans l'impossibilité d'en continuer l'exploitation et, dans ce cas, la résolution de la vente aurait pour effet de le remettre à la tête de ce fonds. D'où une hésitation bien naturelle de la part du vendeur à demander la dite résolution.

Et c'est cependant une voie qui lui sera encore fermée s'il ne s'empresse pas de former sa demande et s'il ne l'introduit pas avant que le créancier n'ait demandé la mise en faillite. On a même prétendu que la mise en faillite, fût-elle prononcée sur une demande formée postérieurement à l'action en résolution, n'en faisait pas moins tomber le privilège du vendeur. Mais la Cour de cassation avait tranché la difficulté en faveur du vendeur et décidé que, s'il avait formé sa demande en résolution avant la demande en déclaration de faillite, la masse des créanciers était sans qualité pour la contester et en empêcher l'effet (1).

Voici dans quelle situation la question avait été soulevée et dans quels termes elle avait été tranchée par la Cour de cassation.

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VIII, n° 834 ; Thaller, *Traité de droit commercial*, n° 1946 et 1949.

Un sieur Saulnier, marchand boulanger, avait vendu son fonds de commerce à un sieur Thierry, qui avait obtenu des délais assez longs pour le paiement. Une partie assez importante du prix était représentée par des billets qui étaient restés aux mains de l'intermédiaire qui avait négocié l'opération.

A l'échéance, non seulement l'acheteur n'était pas en mesure de payer le solde de son prix, mais il avait contracté des dettes et ses créanciers avaient formé opposition au paiement et élevaient la prétention que le prix soit distribué entre le vendeur et eux-mêmes au marc le franc de leurs créances respectives.

Le vendeur s'y refusant, ils menaçaient de faire déclarer le débiteur en faillite. Le sieur Saulnier n'hésitait pas et sans perdre un jour introduisait une demande en résolution et obtenait un jugement par défaut la prononçant. Les créanciers, malgré ce jugement, poursuivaient la mise en faillite du débiteur et le syndic nommé formait opposition au jugement.

Le vendeur répondait à cette opposition que le Tribunal devait juger en l'état de la cause à la date où la demande en résolution avait été formée et soutenait que l'acheteur n'ayant pas à cette date tenu ses engagements, il avait pu, conformément à l'article 1654 du Code civil, demander cette résolution.

Le Tribunal civil de Corbeil, jugeant commercialement, déboutait le syndic de son opposition par jugement en

date du 15 juillet 1885. Le syndic interjetait appel du jugement et la Cour de Paris par arrêt en date du 21 mai 1887 infirmait le jugement. Mais cet arrêt était déféré à la Cour de cassation et celle-ci par un arrêt du 24 décembre 1889 (1) reconnaissait en ces termes les droits du vendeur.

« Vu l'article 550, § 6 du Code de commerce. Attendu
 « que si l'article 550, § 6 du Code de commerce interdit
 « contre la faillite l'exercice du privilège et du droit de
 « revendication établis par l'article 2102 § 4 du Code civil,
 « au profit du vendeur d'effets mobiliers et si la suppression de ces droits entraîne, par conséquence nécessaire,
 « celle du droit de résolution de la vente, ce n'est qu'autant que l'action du vendeur serait en effet exercée à
 « l'encontre de la faillite. Mais que cette disposition ne
 « saurait s'appliquer à l'instance introduite avant le jugement déclaratif de faillite par le vendeur non payé
 « contre le débiteur encore *in bonis* et ayant pleine qualité pour y défendre; — Que, dans ce cas, la faillite qui
 « survient au cours de l'instance peut d'autant moins
 « rendre rétroactivement recevable la demande du vendeur, que, d'après les règles du droit, c'est au jour où
 « cette demande a été introduite que le juge doit se reporter pour en apprécier le mérite; — Attendu, en
 « fait, que les époux Saulnier avaient, antérieurement au

(1) D. P. 1890, 4-161.

« jugement déclaratif de la faillite de Thierry, introduit
« contre lui une instance en résolution de la vente qu'ils
« lui avaient consentie le 14 août 1883 de leur fonds de
« commerce de boulangerie et accessoirement en résilia-
« tion du bail qui avait suivi la dite vente; — Que leur
« action avait donc été valablement engagée et qu'il devait
« dès lors y faire droit; — Qu'en la repoussant sur l'unique
« fondement que la faillite, déclarée pendant qu'elle
« suivait son cours, la rendait désormais irrecevable,
« l'arrêt attaqué a faussement appliqué et par suite violé
« la disposition de la loi susvisée. — Par ces motifs, casse,
« renvoie devant la Cour d'Amiens ».

Dans le même sens nous citerons encore un arrêt de la Cour de Paris du 8 décembre 1908 (1). M. Boistel, dans une note en renvoi de l'arrêt de la Cour de cassation, se rangeait à cette opinion dont il démontrait le bien fondé en droit dans ces termes.

« Le jugement réformé par l'arrêt attaqué contient à l'égard de l'effet rétroactif des jugements au jour de la demande des développements intéressants. Le pourvoi faisait à cet argument plusieurs objections auxquelles il ne sera pas inutile de répondre. On prétendait d'abord que l'effet rétroactif n'est pas absolu et on citait comme exemple le jugement déclaratif de faillite qui, d'après une doctrine longtemps dominante en jurisprudence, doit être rétracté

(1) *Gazette des Tribunaux*, 6 mars 1909.

sur l'opposition ou réformé sur l'appel lorsque, depuis la demande en déclaration de faillite, le débiteur a désintéressé tous ses créanciers. On faisait remarquer que cette doctrine impliquait évidemment que le tribunal ou la Cour ne devait pas se placer pour décider le litige au jour de la demande puisqu'il y avait alors certainement cessation de paiements : mais qu'ils devaient tenir compte des faits postérieurs, spécialement du paiement des créanciers, intervenu depuis le premier jugement et par conséquent se placer au moment où ils rendaient eux-mêmes leurs décisions. La réponse était facile même à ceux qui admettent le bien fondé de cette doctrine : elle est tirée de la distinction universellement admise entre les jugements qui constatent un droit préexistant, ce qui est le cas de beaucoup le plus fréquent, et ceux qui créent un droit nouveau, comme un jugement d'interdiction ou de séparation de corps. Il est reconnu que ces derniers n'ont pas, en principe, d'effet retroactif. Or le jugement déclaratif de faillite crée une situation nouvelle : il n'y a, avant le jugement, aucun droit acquis pour personne ; on peut donc très logiquement admettre que les juges, qui le prononcent, puissent tenir compte des faits accomplis jusqu'au jour de leur décision. Mais il n'en est pas de même du jugement qui prononce une résolution de vente et plus généralement la résolution d'un contrat pour inexécution des conditions. La résolution est prononcée en vertu du contrat primitif qui constitue un droit véritable, un droit

acquis, quoique conditionnel pour le contractant, victime de l'inexécution. C'est ce qu'indique bien clairement l'article 1184 en disant que « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où une des parties ne satisfera pas à un engagement. » Donc dans le cas d'inexécution c'est bien en vertu d'une condition mise au contrat primitif, donc en vertu d'un droit acquis dès ce contrat que la résolution est prononcée. Et cela est si vrai qu'ici l'effet rétroactif remonte non seulement au jour de la demande, mais même jusqu'au jour où le contrat a été passé (1179 du Code Civil). »

II. Mais si le vendeur pouvait à la rigueur, au prix de frais considérables, aux risques de mille embarras, éviter le danger de la mise en faillite de son acheteur, ses droits n'en restaient pas moins menacés. Dans la plupart des cas l'acheteur, qui n'était pas en état de payer son prix, était traqué par ses créanciers et se trouvait dans la nécessité de revendre son fonds. La question se posait alors de savoir si le vendeur pouvait exercer son action en résolution à l'encontre du sous-acquéreur, si celui-ci pouvait se trouver dessaisi à son profit.

Les tribunaux de commerce se prononçaient résolument pour la négative. Les Cours et la plupart des auteurs se rangeaient à l'opinion contraire et, comme sur la question de validité des nantissements des fonds de commerce,

nous allons nous trouver en présence de décisions et d'opinions contradictoires.

Avant d'aborder l'examen de la jurisprudence et de la doctrine et pour bien montrer l'esprit de résistance des tribunaux de commerce, il n'est pas inutile de rappeler que certains d'entre eux, malgré la loi du 1^{er} mars 1898, continuaient d'annuler tous les nantissements de fonds de commerce dont la validité était contestée devant eux.

Si, disaient-ils, le paragraphe ajouté par cette loi à l'article 2075 du Code Civil dispose que tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité, il n'abroge aucune des anciennes dispositions de la loi. S'il crée une nouvelle nullité il laisse subsister celles qui pouvaient l'entacher avant la loi notamment celles résultant du défaut de remise effective du gage édicté par l'article 2076 du Code Civil.

On peut citer en ce sens différents jugements, notamment un jugement rendu par le Tribunal de Commerce de la Seine le 18 janvier 1896 (1) que nous avons déjà cité.

Il était d'ailleurs trop facile de répondre à cette argumentation avec les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} mars 1898. En effet, d'après la proposition de loi, la disposition devait être précédée des mots « en outre ».

(1) *Journal du Palais*, 1897, 2, 96.

Mais on avait, au cours de la discussion, admis que l'inscription au greffe devait suffire à valider le nantissement et les mots, « en outre » avaient été supprimés. Il en résultait clairement que, dès lors que cette condition était remplie, on n'en pouvait exiger d'autres pour la validité du nantissement.

Les jugements rendus en ce sens restaient d'ailleurs isolés, et c'est sur l'interprétation des actes et sur l'application de l'article 2279 du Code Civil qu'en général les Tribunaux de Commerce cherchaient à s'appuyer pour méconnaître aux vendeurs de fonds de commerce le droit de suite qui seul pouvait leur assurer l'exercice de leur privilège.

Les premières décisions rendues sur la question sont un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 21 juin 1899 et un arrêt de la Cour de Paris, du 22 mai 1901 rapportés l'un et l'autre D P 1903 2^e partie, page 97.

Voici l'espèce dans laquelle ces décisions avaient été rendues.

Les époux Lefebvre avaient vendu un fonds de commerce leur appartenant aux époux Musnier moyennant le prix de 57.000 francs, stipulés payables 10.000 francs comptant et le surplus à des échéances fixées par l'acte. Il avait été convenu qu'en cas de revente, la partie du prix restant due deviendrait exigible. Les époux Musnier, ayant revendu leur fonds à un sieur Trolly moyennant 10.000 francs payable en dix ans par annuités de

1.000 francs, les époux Lefebvre demandaient la nullité de la vente comme frauduleuse et subsidiairement la résolution de la vente pour défaut du paiement du prix.

En réponse à la demande les époux Musnier, ou plutôt leur syndic, car ils étaient tombés en faillite, faisaient valoir divers autres moyens. Le jugement ne faisait aucune allusion au moyen que les défendeurs n'avaient pu manquer d'opposer, celui de l'article 2279 du Code Civil. Pour débouter les époux Musnier il s'appuyait exclusivement sur le double motif que la fraude ne se présumerait pas et que les époux Lefebvre, ayant stipulé seulement l'exigibilité de leur créance au cas de revente du fonds, auraient renoncé à poursuivre la vente du fonds en vertu de l'article 1654 du Code Civil.

La Cour examinait, au contraire, avec le plus grand soin le moyen de droit tiré de l'article 2279 qui pouvait permettre de discuter les prétentions des époux Lefebvre.

Après avoir déclaré, conformément à l'arrêt de la Cour de Cassation que nous avons examiné plus haut, que l'article 550 du Code de Commerce n'était pas applicable et démontré que la clause d'exigibilité du prix en cas de revente ne pouvait être considérée comme constituant une renonciation implicite à l'exercice de l'action en résolution, la Cour, disons-nous, abordait nettement la question d'application de l'article 2279 et voici dans quels termes elle la tranchait.

« Considérant que le droit de suite, conséquence natu-

« relle du droit de propriété, existe sur les meubles incor-
« porels. Que cela résulte nécessairement de ce qu'ils ne
« sont pas compris dans l'exception de l'article 2279 et des
« raisons sur lesquelles cette exception est fondée. Qu'en
« particulier on n'aperçoit aucun motif de décider qu'il en
« serait autrement en ce qui concerne un fonds de commerce.
« — Qu'il est admis, il est vrai, comme on le soutient, que
« le privilège établi au profit du vendeur d'effets mobi-
« liers par l'article 2102 § 4 du Code Civil s'applique
« aussi aux cessions de meubles incorporels, mais qu'il ne
« s'ensuit nullement que ces meubles ne soient pas suscep-
« tibles du droit de suite : Qu'on objecte encore vainement
« que le privilège et le droit spécial de revendication qui
« en résulte, quand la vente a été consentie sans terme, ne
« peuvent être exercés que dans le cas où la chose vendue
« se trouve encore entre les mains du débiteur : qu'en effet
« le privilège du vendeur et le droit de résolution de la
« vente sont des droits distincts soumis à des règles diffé-
« rentes : Que les époux Lefebvre n'exercent pas le privilège
« du vendeur, mais le droit de résolution de l'article 1634
« du Code Civil. Que l'article 2102 du même Code est donc
« de nulle application dans la cause ... »

Si décisifs que paraissent ces arguments ils ne désarment pas le Tribunal de Commerce de la Seine qui, suivi par un grand nombre de juges consulaires, adoptent résolument la théorie contraire et, renonçant à chercher dans l'interprétation des actes ou dans des circonstances de fait des

mobiles permettant de faire échec au privilège du vendeur d'un fonds de commerce sur le prix de revente de ce fonds, argumentait en droit.

Parmi les jugements rendus en ce sens par le Tribunal de Commerce de la Seine on peut citer notamment ceux du 14 janvier 1903 et du 23 septembre de la même année.

Celui du 14 janvier 1903 (1) avait été rendu dans l'espèce suivante.

Un sieur Chabert avait vendu à un sieur Vermande un fonds de commerce de vins et charbons moyennant un prix principal de 6.500 francs payables, savoir : 2.750 francs comptant et le surplus soit 3.750 francs en billets portant intérêts à 5 % et s'échelonnant du 15 février 1902 au 15 août 1905.

Il avait été stipulé audit acte de vente, qu'en cas de revente par Vermande dudit fonds de commerce, la totalité des billets deviendrait immédiatement exigible. L'éventualité prévue se réalisa et une sommation faite à Vermande d'avoir à payer le capital restant dû et les intérêts soit 3.734 francs resta infructueux.

Le Tribunal de Commerce refusait au vendeur non payé l'action résolutoire et cela dans les termes que voici :

« Mais attendu qu'en admettant avec la jurisprudence
« générale que le fonds de commerce soit un meuble
« incorporel susceptible par conséquent d'un droit de

(1) *Gazette des Tribunaux*, 1903, 1 vol. 2, 265.

« suite, l'action résolutoire ne saurait toujours appartenir
« au vendeur non payé ;

« Attendu en effet que si cette action constitue bien un
« droit distinct du privilège et de l'action en revendication
« édictée à l'article 2102 du Code Civil, elle ne saurait
« dans son application être soumise à des règles diffé-
« rentes ;

« Qu'il résulte des articles combinés 2279 et 2102
« § 4 du Code Civil en ce qui concerne les meubles
« corporels, d'une part, que l'article 2279 met à néant
« l'exercice du droit de résolution dès que le bien est
« sorti des mains de celui auquel le vendeur l'avait cédé
« et, d'autre part, que l'article 2102, § 4, pour permettre
« au vendeur d'exercer un privilège, veut que ce bien soit
« encore en la possession du débiteur :

« Qu'ainsi pour l'exercice de chacun de ces droits la
« situation est identique ;

« Attendu, en ce qui concerne les immeubles, qu'il est
« dit, article 7 de la loi du 23 mars 1855, que l'action
« résolutoire établie par l'article 1654 du Code Civil ne
« peut être exercée après l'extinction du privilège du ven-
« deur au préjudice des tiers qui ont acquis ces droits
« sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont
« conformés aux lois pour le conserver.

« Qu'en conséquence pour les meubles corporels et
« pour les immeubles, l'action résolutoire, tout au moins
« celle fondée sur le défaut de paiement du prix, et le

« privilège du vendeur sont intimement liés l'un à l'autre ;

« Attendu que les raisons qui ont guidé le législateur

« dans les prescriptions relatives aux meubles et aux im-

« meubles, existent au sujet des meubles incorporels.

« Qu'il ne saurait d'ailleurs en être différemment pour

« ceux-ci, etc...

« Mais que, s'il en était ainsi, aucun propriétaire du

« fonds ne pourrait plus jouir tranquillement de son

« établissement, ni l'exploiter en paix et serait, dès lors,

« exposé à l'expropriation la plus imprévue.

« Qu'il résulterait de cet état de choses une insécurité

« permanente et absolue par la crainte d'un boulever-

« sement aussi impossible à prévoir qu'à empêcher, comme

« aussi un trouble de tous les instants dans les opérations

« commerciales auxquelles l'exploitation du fonds peut

« donner lieu :

« Qu'il est constant pour ce Tribunal que la loi n'a

« pas voulu donner au vendeur par l'article 1654 un

« droit plus étendu que celui qu'elle restreint par

« l'article 2102 :

« Attendu qu'en présence de la volonté du législateur

« nettement manifestée par les articles 2279 et 2102,

« § 4 sus visés, de soustraire l'acquéreur de bonne foi,

« contre les revendications possibles d'un propriétaire

« antérieur de l'objet autre que son vendeur direct, et

« tenant compte, d'autre part, qu'aucun texte de loi ne s'y

« oppose et ne contient une prescription contraire, il

« appartient aux Tribunaux dans le silence de la loi en ce
« qui touche les meubles incorporels et en se conformant
« aux principes qui règlent la matière, de décider que
« pour les meubles incorporels comme pour les meubles
« corporels et les immeubles, l'action résolutoire ne peut
« s'exercer conformément aux prescriptions du para-
« graphe 4 de l'article 2102 du Code Civil que dans les
« mêmes conditions que le privilège du vendeur, c'est à-
« dire qu'autant que l'objet vendu est en la possession du
« débiteur ».

Le jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 23 septembre 1903 (1) formulait les mêmes arguments en termes encore plus absolus si possible.

Le jugement avait été rendu dans une espèce à peu près semblable à celle du précédent jugement. Klein avait vendu à un sieur Barillot un fonds de commerce de vins-restaurateur moyennant le prix principal de 6.000 francs payable 2.500 francs comptant et 3.500 francs en billets échelonnés du 15 mai 1903 au 15 février 1905 avec stipulation qu'en cas de vente par Barillot tout ce qui resterait dû au vendeur deviendrait de plein droit et immédiatement exigible.

Le 13 septembre 1902 Barillot avait revendu le dit fonds à un sieur Vantadon qui lui-même avait revendu à

(1) *Gazette du Palais*, 1903, 2, 607.

son tour le matériel et le droit au bail dudit fonds à une demoiselle Ravinet.

Klein, dans ces conditions, avait fait sommation à Barillot, le 5 décembre 1902, d'avoir à payer les 3.500 francs qui lui restaient dûs sur son prix de vente et ne les ayant pas reçus il assignait Barillot et Vantadon en résolution de la vente faite par lui à Barillot et de celle faite par ce dernier à Vantadon.

Le tribunal déboutait Klein de sa demande et en donnait les motifs suivants : « Mais attendu que l'action
« résolutoire basée sur l'article 1654 du Code Civil qui
« règle les droits du vendeur et de l'acheteur se trouve
« entravée lorsque l'objet vendu a cessé d'être en posses-
« sion de l'acquéreur et ne peut alors revivre à l'encontre
« d'un sous-acquéreur que par une revendication qui se
« trouve elle-même limitée par l'article 2279 du Code
« Civil pour les effets mobiliers et par l'article 7 de la loi
« du 23 mars 1855 pour les immeubles et qu'il est
« constant, d'autre part, que la jurisprudence assimile les
« meubles incorporels aux meubles corporels, pour l'exer-
« cice du droit de privilège régi par le paragraphe 4 de
« l'article 2102 Code Civil ; d'où il suit que le vendeur
« d'un meuble incorporel perd son privilège lorsque le
« meuble incorporel vendu a cessé de demeurer entre les
« mains de son acheteur direct.

« Attendu que, s'il est vrai que le privilège du vendeur
« et le droit de résolution sont des droits distincts, on ne

« saurait admettre que l'exercice de ces droits puisse
« conduire à des solutions contradictoires et que, dans le
« cas de revente d'un meuble incorporel, le vendeur origi-
« naire puisse rentrer en possession du meuble incorporel
« vendu par l'action résolutoire alors que la loi lui refuse
« le droit d'en récupérer le prix par l'exercice du droit de
« privilège, qu'il résulte clairement de ces diverses dispo-
« sitions légales que le législateur a entendu protéger le
« sous-acquéreur « de bonne foi » contre une revendication
« possible du vendeur originaire non payé, auquel il refuse
« le droit de suite lorsque son privilège est éteint, c'est-à-
« dire lorsqu'il n'est plus garanti par l'inscription hypo-
« thécaire s'il s'agit d'immeubles, ou lorsque l'objet
« vendu a cessé d'être en possession de l'acheteur direct
« quand il s'agit de meubles corporels ou incorporels :

« Attendu qu'un fonds de commerce considéré comme
« un meuble incorporel, ne peut donc être revendiqué par
« un vendeur originaire non payé lorsqu'il a cessé d'être
« en possession de son acheteur direct : que décider
« autrement serait en contradiction flagrante avec les
« principes généraux de notre droit ; etc... »

III. Des décisions, les unes et les autres motivées en droit et aussi formellement opposées, ne pouvaient manquer d'attirer l'attention des jurisconsultes.

Dans une note en renvoi sous l'arrêt Lefebvre rapporté D. P. 1903, 2, 97. M. Percerou, alors professeur à la faculté

de Dijon, démontrait que la théorie adoptée par les Cours était seule juridique.

D'après lui et c'est aussi l'avis de MM. Aubry et Rau, Colmet de Santerre, Baudry de la Cantinerie, les droits du vendeur sont garantis à la fois par le privilège de l'article 2102, § 4 du Code civil et par l'action en résolution de l'article 1654 du même Code : ce privilège n'est pas réservé au vendeur de meubles corporels, il appartient également au vendeur de meubles incorporels. Par conséquent, conclut-il, quelque soit la nature juridique qu'on attribue à un fonds de commerce, qu'on le considère comme un meuble corporel ou comme un meuble incorporel, dans tous les cas on doit accorder au vendeur le privilège de l'article 2102, § 4.

« Mais l'existence de ce privilège étant reconnu, dit
« M. Percerou, il reste à en préciser les effets vis-à-vis du
« sous-acquéreur. A cet égard tout le monde admet que,
« si le fonds a été revendu et que le prix reste encore dû par
« le second acheteur, le premier vendeur peut faire oppo-
« sition sur ce prix et se faire payer sur lui par préférence
« aux autres créanciers ; le privilège a certainement cette
« portée. Mais n'a-t-il pas un effet plus énergique encore ?
« Ne confère-t-il pas au vendeur un véritable droit de suite
« qui non seulement lui permet, le cas échéant, de se faire
« payer sur le prix encore dû par le sous-acquéreur, mais
« qui, en outre, lui donne la faculté, quand même rien ne
« reste dû sur ce prix, de saisir le fonds susaliéné et de

« le faire vendre selon la procédure des saisies pour obtenir son paiement par préférence ? »

Après avoir examiné les différents systèmes auxquels la question a donné lieu il déclare se rallier au système adopté par l'arrêt rapporté et la plupart des auteurs et reconnaissant le droit de suite du vendeur, il démontre que l'article 2279 ne saurait faire obstacle à son exercice. D'après M. Percerou la question pouvait se poser avant la loi du 1^{er} mars 1898 et se résoudre par l'affirmative ou par la négative selon qu'on considérait les fonds de commerce comme des biens corporels ou comme des biens incorporels. Après cette loi elle ne pouvait plus se poser, tout le monde étant d'accord pour reconnaître qu'un fonds de commerce forme une universalité de droit selon les uns, universalité de fait selon les autres « mais universalité qui, « en tous cas, a une existence propre distincte de celle des « objets qui la composent et qui obéit à des règles juridiques spéciales. »

M. Percerou, tout en admettant, en l'état de la législation, le système des Cours d'appel comme étant le seul juridique, était d'ailleurs d'avis que cette législation appelait des réformes qu'il indiquait et que nous indiquerons dans le chapitre suivant.

Mais, concluait-il, pour réaliser « un tel progrès il « faudrait évidemment une loi : la jurisprudence n'y peut « suffire. »

La loi dont les jurisconsultes considéraient le vote

comme nécessaire; était également désirée par les commerçants et les Chambres de Commerce étaient à peu près unanimes à réclamer soit l'abrogation, soit la modification de la loi du 1^{er} mars 1898.

Nous examinerons dans le chapitre suivant les modifications qu'elles demandaient les unes et les autres. Mais nous croyons nécessaire de rappeler ici les critiques que les Chambres de Commerce faisaient de la loi. Nous y trouverons la preuve que, les Chambres de Commerce composées de commerçants, de fournisseurs opposés par tempérament à l'établissement d'un privilège, partisans de l'égalité des droits entre tous les créanciers, ne méconnaissaient plus les avantages particuliers qui pouvaient être reconnus à certains créanciers, notamment aux vendeurs de fonds de commerce, et ne demandaient au législateur que de mettre un terme aux abus qu'elles signalaient.

La Chambre de Commerce de Paris dans une délibération en date du 2 mars 1904 s'exprimait en effet dans ses « conclusions » ainsi qu'il suit :

« Considérant que la législation qui régit actuellement
« le nantissement des fonds de commerce nuit aux intérêts
« généraux du commerce.

« Que, loin d'être favorable au développement des
« transactions commerciales, elle est un obstacle à leur
« rapidité :

« Qu'elle est une cause d'appréhension constante pour

« tout fournisseur à crédit, de voir son débiteur transférer,
« si bon lui semble, à une seule personne, à son détriment
« et au détriment de tous, l'actif apparent qui répondait
« de tous ses engagements :

« Que le crédit en matière commerciale est de toute
« nécessité, qu'il ne peut subsister sans la confiance :

« Considérant qu'en général le commerçant n'arrive à
« donner son fonds en nantissement que lorsqu'il est gêné :
« qu'il perd en ce faisant le crédit dont il jouissait
« auparavant : qu'ayant perdu son crédit et ayant donné
« son fonds en nantissement à un fournisseur, il se trouve
« à la merci de celui-ci pour les fournitures qui sont
« nécessaires à l'exercice de son commerce :

« Qu'ainsi la possibilité pour un commerçant de donner
« son fonds de commerce en nantissement ne constitue
« généralement pour lui qu'un leurre, qu'un droit
« illusoire :

« Considérant qu'en cas de faillite le créancier nanti
« conservera son privilège, que ce droit peut lui appartenir
« même s'il est vendeur du fonds ; que le principe de
« l'équité entre les créanciers, en cas de faillite, se trouvera
« donc violé :

« Que, dans la presque totalité des cas, les biens mis en
« gage constitueront tout l'avoir du failli :

« Qu'ainsi tout l'actif sera appréhendé :

« Que, dans de telles conditions, on ne saurait envisager
« l'éventualité d'un concordat :

« Qu'ainsi la ruine absolue du débiteur sera con-
« sommée :

« Considérant, enfin, que la législation actuelle facilite
« la fraude, qu'elle permet au commerçant de soustraire
« presque tout un actif aux droits de ses créanciers :

« Qu'il convient de la modifier :

« Que, pour ce faire, il ne suffit pas d'abroger la loi du
« 1^{er} mars 1898, qui ne prescrit qu'un mode de publicité
« obligatoire à peine de nullité.

« Que l'abrogation pure et simple de cette loi aurait
« pour effet de remettre les choses au même et semblable
« état qu'avant sa promulgation et de redonner naissance
« aux difficultés alors existantes :

« Qu'il est donc nécessaire d'édicter de nouvelles
« dispositions qui, tout en respectant, en principe, le droit
« du propriétaire d'un fonds de commerce d'en disposer
« pour le donner en nantissement, comme il dispose de tous
« ses autres biens, règle ce droit de telle façon qu'il ne
« lèse pas ceux des tiers.

« Émet le vœu, etc... »

M. Raynaud, président de la Chambre des liquidateurs judiciaires et syndics près le Tribunal de Commerce de la Seine, dans une brochure intitulée « Observations sur la loi du 1^{er} mars 1898 » conclut nettement à son abrogation.

« La caractéristique de la loi du 1^{er} mars 1898, dit-il,
« est d'anéantir le principe, jusqu'alors proclamé comme
« essentiel, de l'égalité des créanciers ; et, résultat certaine-

« ment imprévu autant qu'anormal, le privilège du
« vendeur, aboli par la faillite au profit de la masse, est
« reconstitué par le nantissement, soit au profit du vendeur
« lorsqu'il y a recours (et c'est maintenant l'usage courant),
« soit même au profit d'un tiers qui, en équité et en droit,
« semble y avoir encore infiniment moins de droit que le
« vendeur, de sorte qu'en cas de faillite on peut voir le
« vendeur non payé d'un fonds de commerce perdre le
« droit de revendiquer son fonds, alors qu'un tiers de plus
« ou moins bonne foi pourra exercer ce même droit à
« l'encontre de tous, vendeur et masse créancière...

« ... Il faut donc abroger la loi, et non seulement il faut
« l'abroger mais encore il faut en faire une pour prohiber
« le nantissement sur fonds de commerce : car, peu
« importerait l'abrogation si l'on devait, comme avant la
« loi, retomber dans les pratiques des nantissements par
« application de la jurisprudence. »

M. Cordelet, auteur de la proposition de loi sur laquelle elle a été votée le 17 mars 1909 pouvait donc dire avec raison.

« Il y a lieu, tout à la fois, de modifier et de compléter
« la législation actuelle, notamment en déterminant avec
« précision les éléments du fonds de commerce suscep-
« tibles d'être donnés en nantissement, et en règle-
« mentant, ce que n'a pas fait la loi de 1898, le délai dans
« lequel l'inscription doit être prise et les énonciations
« qu'elle doit contenir. Nous aurons aussi à nous demander

« si la procédure très sommaire organisée par l'article 93
« du Code de Commerce pour la réalisation du gage
« commercial est applicable aux fonds de commerce donnés
« en nantissement. »

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Loi du 17 mars 1909.

**Privilège accordé au vendeur sur les différents
éléments composant le fonds de commerce.**

Formalités en assurant la conservation.

Nous avons montré dans les deux précédents chapitres comment la doctrine et la jurisprudence, déterminant le caractère juridique des fonds de commerce, avaient d'abord établi les garanties qu'ils pouvaient fournir, puis justement émus des risques auxquels restaient exposés les droits si légitimes du vendeur et en particulier son privilège, avaient réussi, malgré de vives résistances venant surtout des tribunaux consulaires, à assurer de plus en plus les avantages qui lui étaient dus.

Le législateur de 1909 appelé à consacrer ces droits dont de longues discussions avaient démontré la légitimité et à mettre fin aux difficultés auxquelles ils continuaient de donner lieu, après avoir établi le principe lui-

même du privilège dans le § 1^{er} de l'article 1^{er} de ladite loi, avait encore une triple tâche, Il lui restait encore, en effet, à déterminer d'abord l'étendue du privilège dès lors reconnu, puis à parer aux dangers qui en avaient jusque-là empêché la reconnaissance légale et enfin à réglementer les formalités nécessaires pour en assurer la conservation.

I. De l'étude à laquelle nous nous sommes livrés, il est résulté, à l'évidence, que les résistances opposées à la reconnaissance et à la consécration des droits des vendeurs de fonds de commerce, et les difficultés auxquelles ils avaient donné lieu avaient pour origine la complexité des éléments les composant et l'instabilité de certains d'entre eux.

Pour que les jurisconsultes, les Cours d'appel et la Cour de Cassation, d'une part, et les Tribunaux de commerce, d'autre part, persistent aussi longuement et aussi énergiquement dans des systèmes opposés il fallait que les premiers soient liés par des questions de principe et que les seconds aient la conscience de défendre des intérêts importants. Si le privilège du vendeur sur le fonds de commerce, dont l'aliénation a diminué son patrimoine et augmenté celui de l'acheteur, peut être considéré comme d'ordre public, on ne peut cependant méconnaître que les fournisseurs des commerçants forcés d'opérer rapidement, dans l'impossibilité souvent de s'assurer de la solvabilité de leurs clients, aient droit à une protection.

Si les jurisconsultes et les Cours étaient qualifiés pour veiller à l'application des règles essentielles du droit, les Tribunaux de commerce, composés d'industriels, de fournisseurs de marchandises, de banquiers procurant des fonds, tous assez éclairés et libres d'esprit pour ne pas se laisser aveugler par leur intérêt immédiat et personnel, étaient bien placés pour prendre la défense du commerçant en général et sauvegarder le crédit qui est comme l'âme même du commerce.

Les jurisconsultes et les Cours attachés au principe avaient d'ailleurs conscience de ces intérêts : Nous avons sans doute recueilli quelques arrêts appliquant strictement les principes sans se préoccuper des conséquences de cette application, mais la plupart des Cours et la Cour de Cassation elle-même jugeaient la plupart du temps en fait et rendaient le plus souvent des arrêts d'espèce. Nous avons montré que l'arrêt du 13 mars 1888 lui-même, s'il formulait le principe, statuait cependant en fait, en l'espèce et que s'il déclarait valable la remise en nantissement d'un hôtel pris comme meuble incorporel c'est parce qu'il considérait la clientèle, l'achalandage et le droit au bail que le fonds de commerce comprenait comme en constituant les éléments principaux et essentiels.

Dans d'autres espèces lorsque le fonds de commerce, remis en nantissement, se composait exclusivement ou à peu près exclusivement du matériel et des marchandises, les Cours elles-mêmes exigeaient, pour que le nan-

tissement soit valable, le dessaisissement effectif et réel du débiteur.

La distinction que les Cours avaient été amenées à faire entre les fonds de commerce selon que les éléments principaux et essentiels, dont ils se composaient, étaient corporels ou incorporels et les conditions différentes qu'elles étaient entraînées à exiger pour la validité de leur remise en nantissement étaient non seulement délicates mais dangereuses. Telle est la complexité des éléments composant un fonds de commerce qu'il serait souvent difficile de dire quels sont ceux qui doivent être considérés comme principaux, quels sont ceux qui doivent être considérés comme accessoires. Et pourtant, dans ce système, il fallait opter, tantôt exiger l'accomplissement des conditions imposées par l'article 2076 du Code civil pour les meubles corporels, tantôt se contenter des formalités ou même d'équivalents des conditions édictées pour les meubles incorporels.

La conséquence était que forcément les uns ou les autres de ces éléments échappaient à l'application des règles les concernant édictées par le législateur. Par suite la question devait forcément se poser de savoir si c'était bien entre les fonds de commerce qu'il fallait faire une distinction ou entre les éléments les composant.

M. Percerou l'examinait dans une étude parue au *Bulletin de la Société d'études législatives* (1).

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1903, 2^e partie, page 221.

« La seule idée certaine qui s'en dégage, dit-il, en parlant de la loi de 1898, est celle-ci : le nantissement des fonds de commerce contestable, sous l'empire de la législation antérieure, est aujourd'hui formellement autorisé. Mais, sur les autres points, la loi de 1898 n'a pas mis fin aux anciennes controverses ; elle a simplement changé quelque peu leur aspect juridique en même temps qu'elle en faisait naître de nouvelles.....

« La même incertitude dans l'application de la loi de 1898 et les mêmes conflits de jurisprudence se retrouvent lorsqu'on cherche à déterminer avec précision l'étendue du nantissement. Si l'on est très généralement d'accord pour y comprendre les éléments incorporels (clientèle, droit au bail) et même le matériel d'exploitation, on ne l'est plus du tout en ce qui concerne les marchandises. Sans doute la jurisprudence des Cours d'appel se dessine chaque jour avec plus de netteté dans le sens de l'opinion qui fait rentrer dans le nantissement les marchandises incorporées au fonds. Mais les tribunaux de commerce résistent, en s'appuyant toujours sur ce principe de droit que, tout au moins pour les meubles corporels, le gage ne saurait exister au regard des tiers, sans la dépossession matérielle et effective du débiteur ».

Et M. Percerou concluait en montrant la nécessité de modifier la loi de 1898.

Un jurisconsulte, recherchant s'il y avait lieu de dis-

tinguer entre les divers éléments d'un fonds de commerce, ne pouvait émettre qu'un vœu, conclure par une proposition de loi, mais des magistrats devaient être facilement conduits à appliquer la théorie et c'est ce que faisait la Cour de Paris dans un arrêt du 5 février 1908 (1) intervenu sur l'appel d'un jugement du Tribunal de commerce de la Seine en date du 4 avril 1906.

« Considérant, dit-il, qu'il est de principe que les
« meubles sont par leur nature insusceptibles d'un tel
« droit (droit de suite) selon la maxime « meubles n'ont
« pas de suite par hypothèque » demeurée en vigueur en
« dépit de pratiques nouvelles créées par des besoins nou-
« veaux.

« Que ce principe ne fût-il pas d'une application abso-
« lument générale, l'observation s'en imposerait plus par-
« ticulièrement en l'espèce.

« Qu'entité juridique *sui generis*, le fonds de commerce
« se compose de deux éléments distincts bien que con-
« fondus sous une dénomination commune, d'une part le
« fonds proprement dit constitué par la clientèle, le droit
« au bail, le pas de porte, d'autre part le matériel et les
« marchandises.

« Or, considérant qu'en ce qui touche ce second élé-
« ment, le privilège, aux termes des articles 2076 du
« Code civil et 92 du Code de commerce, ne subsiste, au

(1) D. P., 1909, 2, 4.

« profit du créancier, sur le gage, qu'autant qu'il est
 « resté en possession de celui-ci ou d'un tiers con-
 venu.

« Qu'il résulte des faits et circonstances de la cause
 « qu'il n'a jamais été mis sous la main de Dordé lequel
 « demeure dès lors nanti seulement d'un privilège sur
 « les parties essentiellement incorporelles du gage et par-
 « tant, plus exclusive encore d'un droit que le législa-
 « teur a expressément entendu n'établir qu'au regard
 « de l'immeuble hypothéqué et qui serait ici sans prise
 « sur une sorte d'abstraction : — Que, dans ces condi-
 « tions, etc..... »

La théorie émise par cet arrêt pouvait être contestée et M. de Loynes, professeur à la Faculté de Bordeaux, dans une note en renvoi la combattait énergiquement.

Après l'avoir rappelée et après avoir reconnu qu'il semble bien résulter de l'arrêt, quoique cette doctrine n'y soit peut-être pas très nettement affirmée, que les effets de la loi du 1^{er} mars 1898 sont limités aux éléments incorporels, qui, dit-il, constituent le fonds proprement dit, M. de Loynes démontre qu'une pareille décision est contraire au texte de la loi et en opposition avec la volonté du législateur et conclut en ces termes :

« La formule générale (de la loi de 1898) adoptée par le
 « législateur correspond exactement à sa volonté de con-
 « sacrer la théorie de la jurisprudence (Req. 13 mars 1888

« D. P. 88, 1, 351) de mettre un terme aux difficultés antérieures et de considérer le fonds de commerce comme un meuble incorporel (même arrêt) comprenant des meubles corporels et des meubles incorporels qui, réunis et groupés par la volonté de leur propriétaire, ne forment qu'un seul tout. Le rapport présenté au Sénat par M. Thezard ne laisse subsister aucun doute à cet égard. En voici la partie essentielle (D. P. 98, 4, 21, 3^e col.) : « L'arrêt de la Chambre des requêtes du 13 mars 1888 déclare de même que le fonds de commerce constitue une universalité juridique composée d'éléments divers, dont les uns sont des meubles corporels, les autres des meubles incorporels, mais que la partie essentielle est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail.

« Il y a donc là un ensemble indivisible lequel a la nature incorporelle bien que pouvant contenir des objets corporels : telle l'hérédité pour les jurisconsultes romains.

« C'est donc par le caractère de cet ensemble, considéré comme objet principal, qu'il faut déterminer la règle à suivre : les objets particuliers qui y sont compris ne sont que des accessoires ou des instruments qui doivent suivre le même sort. Il est bien évident que les meubles corporels, outillage et marchandises ne pourront pas être remis matériellement au créancier gagiste : ce serait incompatible avec l'idée du simple nantissement : la

« difficulté, quant à ces meubles, se résout précisément par
« la conception de l'universalité juridique : les meubles
« corporels y sont légalement entraînés et absorbés. Il en
« sera de même du droit au bail qui n'est pas dès lors un
« droit distinct mais un simple élément de l'ensemble.
« Si la Cour de Cassation a pu, dans une espèce donnée,
« le considérer comme l'élément principal et essentiel
« c'est parce que, en fait, il semblait dans cette espèce
« en être ainsi et, d'autre part, parce qu'il était le seul élé-
« ment juridiquement tangible, le fonds de commerce par
« lui-même ne rentrant dans aucune des catégories de
« biens pour lesquels le Code organisait les formalités du
« nantissement. En donnant aujourd'hui droit de cité aux
« fonds de commerce parmi les universalités de droit et
« en traçant par sa dation en nantissement des règles
« appropriées à sa nature, nous supprimons par là-même
« les exigences inutiles et sans objet auxquelles il avait
« fallu se résigner ». C'est donc à tort que l'arrêt recueilli
« a distingué dans le fonds de commerce deux éléments,
« l'un corporel et l'autre incorporel et qu'il subordonne
« l'exercice du privilège sur l'élément corporel à la condi-
« tion que le gage ait été mis et soit resté en la possession
« du créancier ou d'un tiers convenu conformément à l'ar-
« ticle 2076 du Code civil et à l'article 92 du Code de com-
« merce. Cette opinion n'est pas moins contraire au texte
« de la loi qu'à la volonté de ses auteurs. Elle est repous-
« sée par la doctrine et condamnée par la jurisprudence. »

La théorie que M. de Loynes combattait avec tant d'énergie pouvait être fort contestée en droit, mais conciliait les intérêts en opposition, constituait un terrain de conciliation et devait forcément finir par triompher.

M. Cordelet, dans le rapport qu'il présentait au Sénat au nom de la Commission nommée pour examiner sa proposition de loi, résumait ainsi la question (1).

« Les uns soutiennent que le fonds de commerce n'est
 « qu'une collection d'éléments disparates, dont chacun
 « conserve sa nature propre, et que c'est aller contre la
 « nature des choses que d'admettre que le matériel et les
 « marchandises, choses corporelles, peuvent être données
 « en gage sans la condition d'une mise en possession
 « effective du créancier. L'objection n'a pas arrêté les
 « auteurs de la loi du 10 décembre 1874, modifiée par la
 « loi du 10 juillet 1885, qui a créé l'hypothèque sur les
 « navires, et nous ferons observer que le matériel et les
 « marchandises sont données en nantissement non isolé-
 « ment, mais comme parties intégrantes du fonds de
 « commerce pris dans son ensemble et constituant un
 « corps certain.

« Les autres invoquent des considérations d'utilité pra-
 « tique et, tout en reconnaissant comme suffisante pour
 « les éléments incorporels du fonds, non susceptibles

(1) *Journal officiel*, année 1907, session ordinaire, annexe n° 14.

« d'ailleurs d'une détention matérielle, la publicité qui
« résulte de l'inscription, la déclarent insuffisante en ce
« qui concerne les éléments corporels, c'est-à-dire le
« matériel et surtout les marchandises. La rapidité des
« opérations commerciales, disent-ils, ne permet pas aux
« fournisseurs en rapport d'affaires avec le propriétaire
« du fonds de consulter le registre du greffe avant cha-
« cune de leurs opérations ; et, d'ailleurs, un fournisseur
« peut se trouver primé par un nantissement survenu
« entre la livraison de ses marchandises et l'époque fixée
« pour le paiement.

« Ils font, en outre, remarquer que le Code civil n'a
« pas admis l'hypothèque conventionnelle générale. Or,
« le nantissement d'un fonds de commerce, étendu au
« matériel et aux marchandises, présente tous les incon-
« vénients de l'hypothèque générale, puisque, en fait, il
« engloberait le plus souvent l'ensemble du patrimoine
« du débiteur. La loi de 1898, en rendant trop facile la
« mise en gage des marchandises, a pour effet la dispari-
« tion de l'actif chirographaire, indispensable surtout en
« matière commerciale.

« Ces diverses objections n'ont pas toutes la même
« portée, et l'on peut être plus frappé des considérations
« d'intérêt pratique que de l'argument théorique puisé
« dans l'article 2076 du Code civil.

« La dépossession du débiteur est exigée dans l'intérêt
« des tiers, qui sont ainsi prévenus de la constitution du

« gage ; l'objet donné en gage ne figure plus dans l'actif
« *apparent* du débiteur.

« Si la publicité de l'inscription peut, à la rigueur, être
« considérée comme insuffisante en ce qui concerne les
« marchandises, il n'en est pas de même en ce qui con-
« cerne le matériel. Ici l'objection tirée de la rapidité,
« nécessaire des opérations commerciales ne porte pas ;
« le matériel est un élément fixe et stable du fonds ; il
« n'est pas destiné à être vendu et n'est pas par cela même
« soumis, comme les marchandises, à un renouvellement
« incessant.

« Quant à la nécessité de maintenir au débiteur un
« actif libre et de ménager un gage aux créanciers chiro-
« graphaires, il y est pourvu par l'interdiction de faire
« porter le nantissement sur les marchandises. Ceux qui
« les auront fournies les retrouveront dans le gage
« général.

« La solution adoptée par la Commission est celle à
« laquelle s'est arrêtée la société d'études législatives,
« dans l'intéressante proposition de loi dont elle a pris
« l'initiative et dont M. Percerou, professeur à la Faculté
« de droit de Dijon, a été le distingué rapporteur ».

C'est aussi celle qu'adoptait le législateur dans les 2°,
3°, 4°, 5° et 6° paragraphes de l'article 1^{er} de la loi du
17 mars 1909, ainsi conçus :

« Il ne porte (le privilège du vendeur) que sur les élé-
« ments du fonds énumérés dans la vente et dans l'ins-

« cription, et, à défaut de désignation précise, que sur
« l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la
« clientèle et l'achalandage.

« Des prix distincts sont établis pour les éléments incor-
« porels du fonds, le matériel et les marchandises.

« Le privilège du vendeur qui garantit chacun de ces
« prix, ou ce qui en reste dû, s'exerce distinctement sur
« les prix respectifs de la revente afférents aux marchan-
« dises, au matériel et aux éléments incorporels du
« fonds.

« Nonobstant toute convention contraire, les paiements
« partiels autres que les paiements comptants s'imputent
« d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le
« prix du matériel.

« Il y a lieu à ventilation du prix de revente mis en
« distribution, s'il s'applique à un ou plusieurs éléments
« non compris dans la première vente.

Ces dispositions étaient justifiées d'avance par le rapport complémentaire de M. Cordelet qui, après avoir rappelé le § 4 de l'article 1^{er} ajoutait : « Ce qui revient à dire, et cela est équitable et juridique, que le matériel réparé ou partiellement renouvelé n'est censé subrogé à l'ancien et les marchandises elles-mêmes ne sont censées subrogées à celles existantes lors de la première vente que pour la valeur qui leur a été attribuée par cette vente. L'obligation imposée par le § 4, de fixer, pour le matériel et pour les marchandises, des prix distincts de celui qui

s'applique aux autres éléments du fonds, permet de limiter ainsi l'efficacité du privilège à son objet précis, à la cause même dont il procède.

« Le fonds de commerce, simple universalité de fait ne peut être considéré comme indivisible, en ce sens, que, quelque soit la différence de valeur de ces divers éléments au moment de la première vente et lors de la revente, le prix total de la première vente soit garanti par privilège sur la totalité du prix de la revente. »

Ainsi se trouvait passer dans la loi la théorie de l'arrêt du 5 février 1908 de la Cour de Paris (déjà cité), si vivement contesté par M. de Loynes, mais qui, faisant aussi exactement que possible la part des droits de chacun, devait finir par s'imposer.

II. En même temps qu'il déterminait l'étendue du privilège du vendeur et le limitait aux éléments sur lesquels il pouvait légitimement s'exercer, le législateur devait lui enlever le caractère occulte qui en avait jusque-là empêché la reconnaissance et la conservation légale. Il devait organiser une publicité qui assure la conservation et l'exercice du privilège et fasse connaître aux tiers les charges dont le fonds de commerce était grevé de ce chef.

La nécessité de cette publicité et l'impossibilité où l'on avait cru être de l'organiser avaient entraîné le vote du dernier paragraphe de l'article 550 du Code de commerce

contre lequel des protestations s'étaient élevées dès la discussion de la loi de 1838.

M. Renouard, rapporteur de la loi de 1838 et auteur d'un traité sur les faillites où il commentait cette loi, s'exprimait ainsi qu'il suit au sujet de l'article 550 du Code de commerce.

« Cette innovation est de la plus haute importance...
 « Elle est conforme aux saines règles du Crédit commer-
 « cial profondément ébranlées par les réserves occultes
 « concédées au profit du vendeur à l'insu et au préjudice
 « de ceux qui, postérieurement à la vente, avaient traité
 « avec l'acheteur en le croyant propriétaire de la chose
 « dont on le voyait en possession ».

En vain un député, dans la séance du 23 février 1835, proposait-il un amendement qui avait précisément pour but que, sous certaines conditions, le vendeur d'un fonds de commerce n'eut rien à craindre du dit article. La Commission le repoussait et son rapporteur, prétendant que la possession d'objets mobiliers par un négociant est l'un des éléments de solvabilité extérieure reprenait sa première idée dans ces termes.

« C'est contre... ce privilège que l'article est surtout
 « dirigé. Les individus qui traitent avec un marchand ne
 « peuvent se faire représenter les actes en vertu desquels
 « celui-ci a acheté le fonds dont il est nanti. Vouloir que
 « le vendeur d'un fonds exerce un privilège en vertu d'un
 « acte latent, inconnu des tiers qui ont traité avec son

« acheteur, c'est exposer à des déceptions la bonne foi
« publique. »

Si telles étaient les raisons d'être du dernier paragraphe de l'article 550 du Code de Commerce il devait suffire de porter les ventes de fonds de commerce et le privilège du vendeur à la connaissance des tiers, pour permettre l'abrogation de cette disposition de loi, discutée dès avant sa promulgation, et l'établissement régulier du privilège dont il s'agit.

Les nécessités de la pratique avaient d'ailleurs préparé cette réforme au moins en ce qui concerne la publicité à donner aux cessions de fonds de commerce. MM. Lyon-Caen et Renault, dans leur *Traité de droit commercial*, tome III, n° 251, signalaient à la fois le danger et le remède.

Le danger, c'était l'empressement mis par des vendeurs de mauvaise foi à toucher le prix des fonds de commerce par eux aliénés, de se rendre insolvable et de priver ainsi leur créancier du gage sur lequel ils étaient en droit de compter. Le remède, c'était l'usage qui s'était établi dans un grand nombre de villes, de publier les ventes des fonds de commerce en laissant entre la publication et le paiement un délai suffisant pour permettre aux créanciers du vendeur de former opposition sur le prix.

Mais cette publication n'était pas obligatoire. L'usage, si général qu'il fut, n'avait pas force de loi et la jurisprudence était fort divisée sur la question de savoir si un acheteur

pouvait payer son prix sans avoir publié son contrat. MM. Lyon-Caen et Renault étaient d'avis que, c'était autant seulement qu'il avait fait cette publication qu'il pouvait devenir responsable vis-à-vis des tiers, s'il payait son prix avant l'expiration des délais d'usage.

La loi du 1^{er} mars 1898 avait, de son côté, organisé pour le nantissement une publicité, qui consistait dans l'inscription au greffe. Les vendeurs de fonds de commerce s'étaient trouvés forcément amenés à faire usage de ce nantissement s'ils voulaient donner quelque publicité à leur vente. Mais comme l'indiquait le rapporteur de la loi du 17 mars 1909, ce n'était là qu'un expédient et le législateur avait le devoir de fournir aux vendeurs de fonds de commerce les moyens réguliers de conserver leurs droits. M. Cordelet s'exprimait en effet en ces termes : « Enfin, « suivant une opinion généralement admise et d'ailleurs « contestable, les privilèges fondés sur le nantissement de « fonds de commerce passent avant le privilège du ven- « deur de fonds. Ils s'exercent même contre la faillite « (art. 546 du Code de Commerce) quand ils ont été régu- « lièrement conservés en suivant les prescriptions de l'ar- « ticle 2075, § 2, du Code civil.

« Aussi le vendeur prévoyant a-t-il soin de se faire « donner un nantissement sur le fonds vendu pour « garantir le paiement du prix ou de ce qui lui reste dû « sur le prix. C'est là ce que nous avons appelé un expé- « dient, et s'il est vrai que le privilège et, par suite,

« l'action résolutoire sont, en cas de faillite de l'acquéreur,
 « refusés au vendeur parce que les créanciers n'ont pas
 « pu savoir que le fonds n'était pas payé, n'est-il pas légi-
 « time et plus simple de rendre le privilège du vendeur
 « de fonds de commerce opposable même à la faillite,
 « comme celui du créancier, en le soumettant à la même
 « publicité que le nantissement ? Et il sera juste alors de
 « lui donner le pas sur les privilèges résultant du nantisse-
 « ment consenti par l'acquéreur, à la condition qu'il ait été
 « inscrit dans un délai qui peut être fixé à quinze jours à
 « partir de la vente. C'est ce que nous proposons de
 « décider, et il y aura lieu de compléter cette disposition
 « en ajoutant, comme l'a fait la loi du 23 mars 1855 pour
 « les ventes d'immeubles, que l'action résolutoire ne pourra
 « plus être exercée par le vendeur après l'extinction de son
 « privilège. »

Le législateur s'est rallié à cette opinion et c'est ce à quoi la loi a pourvu.

Elle avait d'abord à déterminer le lieu où cette double publicité devait être faite, où notamment ce privilège devait être inscrit.

Les raisons, pour lesquelles notre législateur avait posé le principe de l'article 2119 : « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque » étaient leur défaut d'assiette fixe et l'impossibilité, où l'on était, de faire connaître les charges dont ils avaient été grevés, dans tous les lieux où ils pouvaient être transportés.

Et les fonds de commerce, s'ils n'étaient pas aussi faciles à placer que les meubles corporels, n'avaient cependant pas comme les immeubles une situation précise et invariable. Leur siège pouvait à la rigueur être transporté d'un endroit dans un autre ; ils pouvaient aussi, au moyen de succursales, être assis sur plusieurs localités différentes, parfois sur des localités très éloignées des unes des autres.

La loi pare aux inconvénients pouvant provenir des déplacements possibles et de la multiplicité des établissements par les articles 4 et 13 ainsi conçus :

Article 4. — « Si la vente ou cession d'un fonds de commerce comprend des succursales situées dans la France continentale, en Algérie ou dans les colonies, l'inscription et la publication prescrites par les articles 2 et 3 doivent être faites également dans chacun des ressorts où ces succursales ont leur siège. Le délai, qui est de quinzaine dans la France continentale, est d'un mois en Corse et en Algérie, de trois mois dans les colonies.

« La publication contiendra élection de domicile dans le ressort du Tribunal de la situation de l'établissement principal et dans le ressort où se trouve la succursale, si celle-ci forme l'objet unique de la cession. »

Article 13. — « En cas de déplacement du fonds de commerce, les créances inscrites deviendront de plein droit exigibles si le propriétaire du fonds n'a pas fait

« connaître aux créanciers inscrits, quinze jours au moins
« d'avance, son intention de déplacer le fonds et le nou-
« veau siège qu'il entend lui donner.

« Dans la quinzaine de l'avis à eux notifié ou dans la
« quinzaine du jour où ils auront eu connaissance du dépla-
« cement, le vendeur ou le créancier gagiste doivent faire
« mentionner, en marge de l'inscription existante, le nou-
« veau siège du fonds, et si le fonds a été transféré dans
« un autre ressort, faire reporter à sa date l'inscription
« primitive avec l'indication du nouveau siège, sur le
« registre du Tribunal de ce ressort.

« Le déplacement du fonds de commerce, sans le con-
« sentement du vendeur ou des créanciers gagistes, peut,
« s'il en résulte une dépréciation du fonds, rendre leurs
« créances exigibles.

« L'inscription d'un nantissement peut également rendre
« exigibles les créances antérieures ayant pour cause
« l'exploitation du fonds.

« Les demandes en déchéance du terme formées en
« vertu des deux paragraphes précédents devant le Tri-
« bunal de Commerce sont soumises aux règles de procé-
« dure édictées par le § 8 de l'article 15 ci-après.

Le lieu de publicité ainsi fixé il restait à déterminer les conditions d'exercice du privilège.

L'article 1^{er}, § 1^{er}, en pose le principe en ces termes :

« Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce n'a
lieu que si la vente a été constatée par un acte authen-

« tique ou sous-seing privé, dûment enregistré, et que s'il
« a été inscrit sur un registre public tenu au greffe du
« Tribunal de Commerce dans le ressort duquel le fonds
« est exploité. »

L'article 2 § premier et second fixe les délais dans lesquels l'inscription doit être prise et solidarise l'action résolutoire avec le privilège.

« L'inscription doit être prise, à peine de nullité, dans
« la quinzaine de la date de l'acte de vente. Elle prime
« toute inscription prise dans le même délai du chef de
« l'acquéreur ; elle est opposable à la faillite et à la liqui-
« dation judiciaire de l'acquéreur, ainsi qu'à sa succession
« bénéficiaire.

« L'action résolutoire, établie par l'article 1654 du
« Code Civil, doit, pour produire effet, être mentionnée et
« réservée expressément dans l'inscription. Elle ne peut
« être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du
« privilège. Elle est limitée, comme le privilège, aux
« seuls éléments qui ont fait partie de la vente.

Enfin l'article 24 de ladite loi, commun au privilège du vendeur et au nantissement, article qui reproduit l'article 8 de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque et l'article 2148 du Code Civil, avec les seules modifications imposées par la nature du gage, règle les détails de l'inscription de ce privilège en ces termes, que nous ne pouvons mieux faire que de les reproduire.

Article 24 : « Le vendeur ou le créancier gagiste, pour

« inscrire leur privilège, représentent, soit eux-mêmes,
 « soit par un tiers, au greffier du tribunal de commerce,
 « l'un des originaux de l'acte de vente ou du titre consti-
 « tutif du nantissement s'il est sous seing privé, en une
 « expédition s'il existe en minute. L'acte de vente ou de
 « nantissement sous seing privé reste déposé au greffe.

« Il y est joint deux bordereaux écrits sur papier
 « libre, l'un d'eux peut être porté sur l'original ou sur
 « l'expédition du titre : ils contiennent :

« 1° Les noms, prénoms et domiciles du vendeur et de
 « l'acquéreur, ou du créancier et du débiteur, ainsi que
 « du propriétaire du fonds si c'est un tiers, leur profession
 « s'ils en ont une.

« 2° La date et la nature du titre :

« 3° Les prix de la vente établis distinctement pour le
 « matériel, les marchandises et les éléments incorporels
 « du fonds, ainsi que les charges évaluées, s'il y a lieu, ou
 « le montant de la créance exprimée dans le titre, les con-
 « ditions relatives aux intérêts et à l'exigibilité :

« 4° La désignation du fonds de commerce et de ses
 « succursales, s'il y a lieu, avec l'indication précise des
 « éléments qui les constituent et sont compris dans la
 « vente ou le nantissement, la nature de leurs opérations
 « et leur siège, sans préjudice de tous autres renseigne-
 « ments propres à les faire connaître ; si la vente ou le
 « nantissement s'étend à d'autres éléments du fonds de
 « commerce que l'enseigne, le nom commercial, le droit

« au bail et la clientèle, ces éléments doivent être nommé-
« ment désignés :

« 5° Election de domicile par le vendeur ou le créancier
« gagiste dans le ressort du tribunal de la situation du
« fonds.

« Les ventes ou cessions de fonds de commerce compre-
« nant des marques de fabrique et de commerce, des
« dessins ou modèles industriels, ainsi que les nantis-
« sements de fonds qui comprennent des brevets d'inven-
« tion ou licences, des marques ou des dessins et modèles,
« doivent, en outre, être inscrits à l'Office national de la
« propriété industrielle, sur la production du certificat
« d'inscription délivré par le greffier du tribunal de com-
« merce, dans la quinzaine qui suivra cette inscription, à
« peine de nullité, à l'égard des tiers, des ventes, cessions
« ou nantissements en ce qu'ils s'appliquent aux brevets
« d'invention et aux licences, aux marques de fabrique et
« de commerce, aux dessins et modèles industriels.

« Les brevets d'invention compris dans la cession d'un
« fonds de commerce restent soumis, pour leur transmis-
« sion, aux règles édictées par la section IV du titre II de
« la loi du 5 juillet 1844. »

Ces textes, si complets qu'ils paraissent, appellent quel-
ques observations.

Et d'abord pourquoi un écrit ? C'est évidemment une
dérogation au droit commun, article 1341 du Code Civil.
Nous sommes en effet en matière commerciale : tous les

moyens de preuve, y compris la preuve testimoniale, sont admis.

Cet écrit n'est d'ailleurs exigé que comme condition de la conservation du privilège du vendeur. La vente elle-même reste soumise aux règles ordinaires du droit en la matière. Aucune forme particulière ne lui est imposée.

La commission, pour légitimer cette exigence de la loi, émettait l'avis qu'il était nécessaire de prévenir toute contestation sur l'étendue du privilège, mais cette raison ne paraît pas sérieuse. Aux termes de la loi l'inscription doit en effet contenir des énonciations parfaitement suffisantes, c'est, à savoir, la valeur de chacun des éléments composant le fonds, éléments incorporels, outillage, etc.

M. Percerou a donné en ce qui concerne le nantissement une autre raison qui nous paraît beaucoup meilleure et qui s'applique évidemment au privilège du vendeur.

« Cette formalité, dit-il, (l'écrit) n'est pas gênante.
 « D'ailleurs à défaut d'un acte écrit, on ne voit guère
 « comment pourraient être dressés les bordereaux à ins-
 « crire au greffe du Tribunal de commerce. La nécessité
 « de représenter cet acte au greffier au moment de l'ins-
 « cription et la faculté par lui de le collationner avec le
 « bordereau assurent aussi la sincérité des mentions por-
 « tées dans ce dernier. »

L'on ne pouvait laisser au vendeur et au créancier nanti le soin de rédiger le bordereau sous leur seule responsabilité, qui, en cas d'insolvabilité, aurait été illusoire et aurait

pu, par suite, entraîner les plus graves abus, on aurait pu pourvoir à ce danger en prescrivant, par exemple, la signature du bordereau par les deux parties.

En tous cas il est une prescription que rien ne nous paraît justifier : c'est l'obligation de déposer au greffe, où il doit rester, l'acte sous seing privé contenant vente ou nantissement. Il peut en effet contenir des stipulations absolument étrangères aux tiers, au privilège et au nantissement, et une mention « *ne varietur* » portée à l'acte par le greffier aurait suffi, nous semble-t-il, pour empêcher sa modification après l'inscription.

Le délai de quinzaine imparti au vendeur pour inscrire son privilège a paru court. M. Cordelet, dans son rapport l'expliquait par la nécessité de remplir dans un délai aussi court que possible les formalités par lesquelles le privilège du vendeur est réputé connu et peut seulement être connu des tiers.

Une question se pose au sujet du point de départ de ce délai pour les actes sous signatures privées. Courra-t-il de leur date ou de la date de l'enregistrement qui seul est opposable aux tiers ? Il nous paraît bien que c'est de la date des actes eux-mêmes qu'il doit courir. Sans doute les parties pourraient antidater ou postdater les actes de vente, mais le fait serait sans intérêt en la matière car les parties, en l'antidatant, diminueraient les délais déjà trop courts à eux impartis et les tiers seraient sans intérêt, bien mieux iraient contre leur intérêt si, s'appuyant

sur l'article 1328, ils contestaient la date de l'acte. Ils ne pourraient ainsi, en effet, qu'augmenter le délai pendant lequel les parties pourraient se mettre en règle avec la loi.

La prescription relative à la mention dans l'inscription des prix établis distinctement pour le matériel, les marchandises et les éléments incorporels du fonds a, elle aussi, une très grande importance.

La loi du 17 mars 1909, subdivisant les éléments sur lesquels porte le privilège du vendeur, équivaut à l'établissement de trois privilèges distincts, l'un sur le fonds lui-même, l'autre sur l'outillage et le troisième enfin sur les marchandises. Et l'indication du prix, étant reconnue substantielle, on est amené à reconnaître que l'indication du prix de chacun d'eux est nécessaire à peine de nullité. Si elle n'indiquait de prix que pour une partie de ces éléments, elle serait cependant valable pour ces dits éléments.

Quant aux autres mentions qui sont les mêmes que celles prescrites par l'article 2148 du Code civil pour les inscriptions hypothécaires, la question de savoir si elles sont substantielles et exigées à peine de nullité doit se résoudre par les règles de droit commun.

L'inscription, en matière de fonds de commerce, comme l'inscription hypothécaire, doit indiquer d'une façon précise le créancier nanti et le débiteur, le fonds donné en garantie et la créance garantie. A défaut de ces men-

tions l'inscription pourrait n'être pas opposable aux tiers. Les tribunaux appelés à connaître de la matière, assez disposés à admettre qu'il n'existe pas de nullité virtuelle, ont cependant été forcés d'exiger certaines énonciations.

De leur ensemble il résulte qu'il est suffisant pour la validité de l'inscription « que les tiers n'aient aucune incertitude sur l'identité du fonds donné en gage sur l'identité du débiteur et sur celle du créancier. » (1)

D'après MM. Boutaud et Chabrol, c'est à tort que la jurisprudence n'exigeait pas l'indication du montant de la créance. M. Wahl critique également cette solution (Note Sirey, 1901, 2, 177). MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes font observer que l'indication de la créance est exigée à peine de nullité en matière hypothécaire et la même chose est évidemment vraie pour l'inscription sur le fonds de commerce.

(1) Rennes, 27 juin 1901, D. P., 1903, 2, 176 ; Rouen, 20 novembre 1901, *Gazette du Palais*, 1902, 1, 52 ; Cf. Memein, Examen critique, n° 25.

CHAPITRE II

Dispositions de la loi ayant pour objet la réalisation des sûretés instituées par la loi et le désintéressement des créanciers.

Après avoir reconnu le privilège des vendeurs de fonds de commerce et en avoir organisé la conservation, en sauvegardant les droits des tiers, créanciers nantis ou simplement chirographaires, le législateur devait pourvoir aux moyens d'en assurer l'exercice et l'efficacité, instituer au profit des uns et des autres des procédures permettant la réalisation des garanties à eux attribuées ou réservées et l'élévation des prix des fonds de commerce à leur véritable valeur.

« L'hypothèque, dit Pothier, au début même de son
« chapitre sur la matière, ou droit de gage est le droit du
« créancier sur la chose d'autrui, qui consiste à pouvoir
« la faire vendre pour, sur le prix, être payé de sa
« créance. »

Un droit serait en effet illusoire, un gage sans valeur, s'il ne pouvait être converti en argent, si le créancier ne

pouvait veiller à ce que le prix en représente bien la valeur, s'il n'avait enfin la faculté de s'en faire attribuer le montant. Et c'était là la situation des créanciers nantis, en tous cas des vendeurs et à plus forte raison des créanciers chirographaires avant la date du 17 mars 1909.

Les créanciers, fournisseurs ou vendeurs, auxquels des fonds de commerce avaient été remis en nantissement, pouvaient bien se prévaloir de l'article 2078 du Code civil, depuis que la jurisprudence avait reconnu aux débiteurs la faculté de les donner en gage, depuis surtout que la loi du 1^{er} mars 1898 leur en avait fourni le moyen légal.

Cet article leur ouvrait deux voies, ou l'attribution ou la vente. Mais la première, organisée en vue de la réalisation des biens utilisables par tous, était bien difficile sinon impossible à suivre pour un fonds de commerce. Le créancier, en effet, selon que la créance était civile ou commerciale, était, soit un particulier étranger au commerce, soit un commerçant, ayant déjà un fonds, peut-être un fonds de nature différente, et se trouvait dès lors inapte à l'exploitation du fonds à lui donné en gage, en tous cas empêché de s'y livrer par suite des nécessités du commerce déjà exercé.

La seconde voie lui restait donc, en principe, seule ouverte. Mais s'il pouvait poursuivre la vente du fonds de commerce, à lui remis en nantissement, il ne pouvait le mettre sous main de justice et si le débiteur, de mauvaise

foi, l'aliénait dans des conditions désavantageuses, le créancier pouvait se trouver gravement lésé.

Quelque voie qu'il suivit une double procédure s'imposait. S'il demandait l'attribution, un jugement, puis une expertise dont il devait faire homologuer les conclusions, étaient nécessaires. S'il poursuivait la vente, un jugement l'ordonnant et les formalités d'une vente aux enchères.

De plus la question de savoir à quelle juridiction il devait s'adresser pour faire ordonner l'une ou l'autre de ces deux voies était souvent délicate. La question de savoir en quelle forme et par le ministère de quel officier ministériel, se posait également et continue encore de se poser.

La loi du 17 mars 1909 a paré aux principales nécessités que nous venons de signaler en fournissant à tous intéressés les moyens de poursuivre la réalisation forcée des fonds de commerce, en organisant un système de surenchère et de purge, qui rend à peu près impossible les fraudes auxquelles ils étaient auparavant exposés et en déterminant les tribunaux auxquels ils devraient s'adresser pour obtenir les mesures nécessaires à ces fins. Après avoir analysé les dispositions de la loi sur les points que nous venons d'indiquer, nous rechercherons si c'est intentionnellement que la loi n'a pas désigné les officiers ministériels compétents pour procéder à la vente : si, en tous cas, les principes généraux de notre droit ne nous permettent pas de les reconnaître.

Nous verrons ensuite, comment les créanciers peuvent se faire attribuer les prix obtenus par la vente.

I. Le droit de faire procéder à la vente des fonds de commerce et la procédure à suivre pour y parvenir sont fixés par les articles 15 et 16 de la loi du 17 mars 1909 ainsi conçus.

Article 15 : « Tout créancier qui exerce des poursuites
« de saisie-exécution, et le débiteur contre lequel elles
« sont exercées, peuvent demander devant le tribunal de
« commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds, la
« vente du fonds de commerce du, saisi avec le matériel et
« les marchandises qui en dépendent.

« Sur la demande du créancier poursuivant, le tribunal
« de commerce ordonne qu'à défaut de paiement dans le
« délai imparti au débiteur, la vente du fonds aura lieu
« à la requête du dit créancier, après l'accomplissement
« des formalités prescrites par l'article 17 de la présente
« loi.

« Il en sera de même, si, sur l'instance introduite par
« le débiteur, le créancier demande à poursuivre la
« vente du fonds.

« S'il ne le demande pas, le tribunal de commerce
« fixe le délai dans lequel la vente du fonds devra avoir
« lieu à la requête du débiteur, suivant les formalités
« édictées par l'article 18 ci-après, et il ordonne que,
« faute par le débiteur d'avoir fait procéder à la vente

« dans le dit délai, les poursuites de saisie-exécution
 « seront reprises et continuées sur les derniers erre-
 « ments.

« Il nomme, s'il y a lieu, un administrateur provisoire
 « du fonds, fixe les mises à prix, détermine les conditions
 « principales de la vente, commet pour y procéder l'offi-
 « cier public qui dresse le cahier des charges.

« La publicité extraordinaire, lorsqu'elle est utile, est
 « réglée par le jugement ou, à défaut, par ordonnance
 « du président du tribunal de commerce rendue sur
 « requête.

« Il peut, par la décision rendue, autoriser le poursui-
 « vant, s'il n'y a pas d'autre créancier inscrit ou opposant,
 « et sauf prélèvement des frais privilégiés au profit de
 « qui de droit, à toucher le prix directement et sur sa
 « simple quittance, soit de l'adjudicataire, soit de l'offi-
 « cier public vendeur, selon les cas, en déduction ou jus-
 « qu'à concurrence de sa créance en principal, intérêts
 « et frais.

« Le tribunal de commerce statue, dans la quinzaine
 « de la première audience, par jugement non susceptible
 « d'opposition, exécutoire sur minute. L'appel du jugement
 « est suspensif ; il est formé dans la quinzaine de sa
 « signification à partie et jugé sommairement par la Cour
 « dans le mois : l'arrêt est exécutoire sur minute. »

Article 16 : « Le vendeur et le créancier gagiste inscrits
 « sur un fonds de commerce peuvent également, même

« en vertu de titres sous seing privé, faire ordonner la
« vente du fonds qui constitue leur gage, huit jours après
« sommation de payer faite au débiteur et au tiers déten-
« teur, s'il y a lieu, demeurée infructueuse..

« La demande est portée devant le tribunal de com-
« merce dans le ressort duquel s'exploite le dit fonds,
« lequel statue comme il est dit aux paragraphes 5, 6, 7
« et 8 de l'article précédent. »

C'est ce dernier texte qui réglemente les conditions dans lesquelles il sera procédé le plus souvent à la vente forcée des fonds de commerce et notamment celles dans lesquelles il devra y être procédé par le vendeur non payé pour l'exercice de son privilège. Il soulève cependant des observations et, pour le comprendre, il est nécessaire de savoir comment, avant la loi, il pouvait être, en l'absence de textes, procédé à l'expropriation ou plutôt à la vente forcée d'un fonds de commerce.

En lisant les articles 15 et 16 de la loi que nous étudions, on est frappé de l'organisation d'une voie d'exécution, qui n'est pas précédée d'un commandement préalable, à laquelle il peut être procédé sans titre exécutoire en vertu d'un acte sous seing privé. Une pareille anomalie pourrait paraître monstrueuse si cette procédure n'avait été préparée par une longue pratique ; si elle n'était justifiée par des raisons de droit et de fait qu'il est intéressant de rappeler et d'indiquer.

Avant la loi du 1^{er} mars 1898, il n'existait que deux

textes relatifs à la réalisation des biens mobiliers corporels et incorporels donnés en gage. L'article 2078 du Code civil, relatif aux gages civils, et l'article 93 du Code de commerce, relatif aux gages commerciaux. L'un et l'autre de ces textes suppose que le gage est entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu. C'est d'ailleurs la condition absolue de la validité du gage et de la conservation des avantages qu'il confère.

Ils ne pouvaient dès lors ni l'un ni l'autre être appliqués que bien difficilement à la réalisation des fonds de commerce donnés en gage, qui, par suite des nécessités pratiques, devaient rester généralement en la possession du débiteur.

Le vendeur non payé ou le créancier gagiste, dont la créance était exigible, se seraient donc trouvés réduits, pour parvenir à la réalisation, au moyen périlleux de la mise en faillite si la pratique des affaires n'avait montré la possibilité d'arriver au même but par un moyen détourné.

Le vendeur et le créancier nanti, forcés d'user du seul moyen mis à leur disposition par la loi, faisaient saisir, exécuter les meubles et marchandises garnissant le fonds à eux cédé. La mesure qui plaçait les marchandises sous main de justice, les rendant indisponibles, avait pour effet d'arrêter immédiatement et absolument l'exploitation du fonds de commerce. Elle devait avoir pour résultat presque aussi immédiat de lui enlever toute valeur. Si le commerçant, menacé de saisie, n'était pas dans une situation

désespérée, si, alors même qu'il se sentait perdu, il désirait que son actif soit réalisé dans de bonnes conditions, il s'opposait à la saisie et demandait à aller en référé devant le président du tribunal civil pour obtenir des délais. Le créancier avait, comme le débiteur, intérêt à ce que la vente se fasse dans les meilleures conditions possibles de manière à sauvegarder la valeur du fonds. Il ne pouvait se dissimuler que la vente, en détail, des marchandises se ferait dans les plus déplorables conditions. S'il était sage et bien conseillé, il devait donc se prêter volontiers à la demande de délai faite par le débiteur, mais celui-ci y mettait naturellement une condition, à savoir, la mise en vente du fonds de commerce à la requête du débiteur dans un délai imparti avec subrogation dans la poursuite au cas où le débiteur n'y ferait pas procéder.

Le Président, constatant l'accord qui devait forcément se produire, commettait l'officier ministériel, le notaire, qui devait dresser le cahier des charges.

Le mode de réalisation était d'usage constant à Paris où la procédure du référé, sous l'impulsion de M. le Président de Belleyme, dont l'ouvrage constitue une véritable codification de tous les principes régissant la matière, a pris une importance considérable. Il ne constituait pas d'ailleurs à proprement parler une décision judiciaire. C'était, en effet, la constatation pure et simple de l'accord intervenu entre les parties que le magistrat était appelé à constater ; mais il n'en était pas moins absolument juri-

dique. Le magistrat, saisi d'une demande en discontinuation de poursuite, s'il n'y pouvait rien changer, ne pouvait refuser de constater l'accord qui intervenait entre les parties sur la question qui lui était soumise et qui la réglait à la satisfaction commune. Comme il ne lui appartenait pas de substituer son autorité à la volonté des parties, il avait soin de demander aux avoués des parties de préciser dans des dires les offres du débiteur qui voulait éviter la vente sur saisie de ses meubles et marchandises et l'acceptation de ces offres par le créancier. Le magistrat, ayant qualité pour constater l'accord, pour lui donner authenticité et force exécutoire, la signature des parties était inutile. Les conventions des parties existent en effet en dehors de l'instrument qui les constate.

Les conséquences qu'on pouvait seulement tirer de la nature des ordonnances rendues dans ces conditions, c'est qu'elles n'étaient susceptibles d'aucun recours, mais qu'elles étaient nulles, inopérantes si la volonté concordante des parties n'y était pas nettement et formellement constatée.

C'est de cette procédure que s'inspirait l'auteur de la proposition sur laquelle a été votée la loi du 17 mars 1909. On en trouve la démonstration dans l'article 14 du projet qui organisait cette procédure et aurait donné au juge de référé le droit de substituer sa décision à la volonté des parties, de décider au lieu de constater.

« Le créancier, disait le projet, qui veut exercer cette
« poursuite (la vente du fonds de commerce). assigne le

« défendeur, soit par un procès-verbal d'exécution, soit
« par exploit distinct avec constitution d'avoué, devant le
« Président du Tribunal civil de l'arrondissement, où
« s'exploite le fonds, pour en entendre ordonner la vente.

« Au cours des poursuites de saisie mobilière, exercées
« contre lui le débiteur peut également et dans les mêmes
« formes assigner le saisissant devant le dit juge pour y
« faire ordonner la vente de son fonds avec les marchan-
« dises, matériel et effets mobiliers qui en dépendent. »

Nous verrons plus loin les objections qui ont été faites à la compétence du juge de référé.

La plus grave, selon nous, sur laquelle il semble que la discussion n'ait pas beaucoup porté, était une question de principe.

On pouvait sans doute se demander si les difficultés auxquelles pouvait donner lieu la réalisation des fonds de commerce, constituant une voie d'exécution, ne ressortissait pas comme telle de la juridiction civile et la question de savoir si on devait en confier la connaissance au Tribunal de commerce, pouvait et devait, comme nous le verrons, partager les législateurs.

Mais il était un point sur lequel il semble que tous devaient se trouver d'accord, c'était l'impossibilité de confier au juge de référé, dont, par définition, les décisions ne peuvent préjudicier le fond, un pouvoir de disposition absolument incompatible avec la nature de sa juridiction.

Si le législateur s'est, pour l'organisation des voies à

suivre pour la réalisation forcée des fonds de commerce, inspiré de la procédure de référé, il a compris la nécessité de confier à une juridiction de jugement la connaissance de ces difficultés.

Le procédé, que nous venons d'étudier, n'était pas d'ailleurs le seul usité.

MM. Garsonnet et César Bru, dans leur ouvrage, *Traité théorique et pratique de procédure*, tome V § 1751, indiquent un moyen analogue mais qui nécessiterait une instance, c'est-à-dire une procédure à la fois plus longue et plus coûteuse.

« On procède, disent-ils, de la façon suivante. Les marchandises, le matériel et les meubles meublants qui garnissent les bureau et magasin du débiteur, étant saisis par voie de saisie exécutoire, trois cas peuvent se présenter, 1°, 2°, 3°... Les créanciers reculent ou hésitent devant la déclaration de faillite. Ils peuvent alors se pourvoir directement devant le Tribunal comme pour les autres meubles incorporels et obtenir un jugement qui ordonnera l'adjudication par devant notaire. »

Dans l'une et l'autre procédure quelle est la nature des mesures ordonnées et, si la vente a lieu à la requête du créancier, en quelle qualité agit-il ?

MM. Garsonnet et César Bru voient dans ce procédé, imaginé par la pratique, l'application de l'article 1166 du Code Civil.

Mais ne confondent-ils pas l'exercice des droits du

débiteur et les voies d'exécution. C'est matière délicate, comme le dit très justement M. Baudry de la Cantinerie, l'exercice par un créancier, agissant en vertu de l'article 1166 du Code Civil, des actions appartenant à son débiteur étant plus qu'un acte conservatoire et moins qu'un acte d'exécution.

Et dans le procédé que nous rappelons on voudrait en vain voir l'exercice des droits conférés au créancier par l'article 1163. Il faut, en effet, reconnaître ou qu'on fait jouer à cet article le rôle d'un acte d'exécution ou que, sous prétexte d'exercice de droits appartenant au débiteur, on accorde au créancier un droit de suite sur le fonds de commerce appartenant au premier.

M. Bouvier-Bangillon, dans son ouvrage. « De la vente et du nantissement des fonds de commerce » page 142, rapportant cette opinion, la discute et se demande s'il ne serait pas plus simple de dire que cette pratique s'inspirait de cette idée, que, dans le silence de la loi, il appartenait aux Tribunaux de régler la procédure comme ils le jugent convenable dans leur sagesse.

Cet auteur ne paraît pas d'ailleurs se faire d'illusion sur la valeur de sa théorie et son peu de fondement juridique, car il a soin de faire précéder cette opinion des considérations suivantes.

« Il est arrivé d'autres fois à la pratique de commettre

(1) *Précis du droit civil*, tome II, n° 872.

« des confusions volontaires du même genre dans un but
 « d'utilité. N'est-ce pas ce qui se produit en cas de faillite
 « quand on voit la Cour de Cassation, 8 mars 1859 (D. P.
 « 1859, 1, 145) s'efforcer de concilier l'insaisissabilité des
 « rentes de l'État avec le droit par le syndic de vendre les
 « titres qui appartiennent au failli et décider que les
 « syndics peuvent aliéner les rentes dépendant de l'actif
 « parcequ'ils agissent au nom du failli et comme ses man-
 « dataires ? La faillite n'est-elle pas la saisie en bloc des
 « biens d'un débiteur commerçant et les syndics ne sont-
 « ils pas les mandataires des créanciers bien plus que les
 « mandataires du failli ? »

Quoiqu'il en soit et sans rechercher si le législateur s'est inspiré de principes juridiques, il faut reconnaître qu'en fournissant à un Tribunal le moyen de suppléer au consentement d'un débiteur qui pouvait méconnaître son intérêt et faire bon marché de celui de ses créanciers et qu'en consacrant, par une loi, une pratique qui pouvait se discuter, tant qu'elle n'était reconnue que par la jurisprudence, il a fait œuvre utile et sage. Il a ainsi évité le principal danger que la loi aurait couru si le projet avait été voté sans modification, celui de violer les règles fondamentales de notre législation en confiant à un juge unique, n'ayant qualité que pour des mesures provisoires et urgentes, le pouvoir de trancher des difficultés engageant définitivement le sort des fonds de commerce, représentant souvent une valeur considérable

et constituant parfois tout le patrimoine du débiteur

En vertu de la loi du 17 mars 1909, les vendeurs non payés, comme les créanciers inscrits, peuvent, huit jours après une sommation de payer restée infructueuse, se pourvoir devant le Tribunal de Commerce, dans le ressort duquel le fonds est exploité, pour faire ordonner la vente du fonds dans les formes prescrites par la loi. Ils le peuvent même en cas de mise en faillite du débiteur propriétaire du fonds, la faillite ne pouvant préjudicier à leurs droits.

S'ils sont porteurs d'un titre exécutoire ils pourraient même procéder à la saisie-exécution des objets mobiliers, matériel ou marchandises compris dans le fonds, forcer ainsi le débiteur à consentir la vente du fonds que le juge des référés, constatant l'accord des parties, resterait compétent pour ordonner.

II. Il ne pouvait suffire de procurer aux vendeurs de fonds de commerce, aux créanciers nantis et même aux créanciers chirographaires des commerçants, les moyens de réaliser les garanties spéciales ou générales qu'ils s'étaient assurées par les conventions ou qui leur étaient réservées par la loi, il fallait les défendre des fraudes trop fréquentes auxquelles les ventes de fonds donnaient lieu. Il se produisait souvent qu'un commerçant aux abois cède son fonds pour un prix de beaucoup inférieur à sa valeur. Il importait de fournir aux créanciers les moyens de porter

les fonds, formant leur garantie, à leur véritable prix, mais il était par contre nécessaire aux acquéreurs de s'assurer la propriété définitive des fonds acquis par eux.

La loi, à ces fins, organisait en faveur de tous les créanciers une procédure de surenchère dont nous allons rechercher l'inspiration, les règles et les effets.

Bien que la loi ait organisé au profit des créanciers privilégiés une procédure leur permettant de se défendre des fraudes dont ils étaient, les premiers, victimes, ils pouvaient profiter de la procédure plus rapide appartenant à tous les créanciers et il convient de l'étudier ici.

L'article 5 de la loi du 17 mars 1909, qui institue et réglemente la surenchère au profit de tous les créanciers, engageait les principes les plus essentiels de notre droit et allait être vivement discuté dans la séance du Sénat du 23 mai 1907.

Cet article était rédigé comme il suit dans la proposition de M. Cordelet, examinée par la Commission.

« Pendant les vingt jours qui suivent la seconde insertion, une expédition ou l'un des originaux de l'acte de vente est tenu, au domicile élu, à la disposition de tout créancier opposant ou inscrit pour être consulté sans déplacement.

« Pendant le même délai, tout créancier opposant ou inscrit peut prendre, au domicile élu, communication de l'acte de vente et des oppositions, et si le prix ne suffit pas à désintéresser tous les créanciers inscrits

« ou opposants, former une surenchère du sixième du
« prix principal, y compris les estimations données au
« matériel et aux marchandises, et requérir la mise aux
« enchères publiques du fonds de commerce, avec assi-
« gnation devant le président du Tribunal civil, en se
« conformant aux prescriptions de l'article 21 de la pré-
« sente loi.

« En cas de concours de deux surenchères, il sera sur
« celle qui aura été signifiée la première. »

Nous avons indiqué les raisons pour lesquelles la procé-
dure en référé avait été et devait être écartée.

Mais ce n'est pas sur ce point qu'a porté surtout la dis-
cussion. L'opposition faite à la proposition de loi par
l'honorable M. Legrand, président de la Commission,
qui, généralement suivi par elle, n'avait pu la rallier et
parlait en son nom personnel, consistait en des objections
à la fois de principe et de pratique. Et si le Sénat restait,
comme la Commission, fidèle au principe de la suren-
chère du sixième au profit de tous les créanciers privilé-
giés inscrits ou seulement opposants, il lui donnait raison
sur différents points que nous indiquerons en terminant.

Mais examinons d'abord les questions de principe.

Les observations présentées s'inspiraient, déclarait leur
auteur, des principes généraux du droit, de la liberté
commerciale, des dangers que la faculté de surenchère
du sixième pouvait présenter.

D'après lui elle était d'ailleurs inutile, et c'est cette

partie de la discussion qu'il paraît y avoir lieu d'examiner d'abord.

Comme l'ensemble de la loi mais plus directement qu'aucune de ses autres dispositions, la faculté de surenchère, instituée par l'article 5, a pour objet de mettre fin aux fraudes auxquelles les cessions des fonds de commerce peuvent donner lieu. M. Legrand, qui en demandait la suppression s'est donc attaché d'abord à démontrer que les créanciers du commerçant qu'on prétendait protéger, étaient loin d'être désarmés, qu'ils pouvaient facilement se défendre de la fraude et en éviter les effets. Il a soutenu que l'article 1167 du Code civil, dans tous les cas, et l'article 447 du Code de commerce, dans certaines circonstances, leur en fournissaient tous les moyens. Il faisait valoir que le premier permet, en effet, d'attaquer la vente d'un fonds de commerce entachée de fraude comme de tout contrat démontré frauduleux. Que le second aurait aux créanciers, en matière de commerce, un droit plus énergique et plus efficace encore, celui de faire déclarer en faillite le débiteur insolvable et de poursuivre la nullité de la vente qu'il aurait consentie du fonds de commerce par lui exploité.

Mais le rapporteur lui répondait avec raison que l'article 447 du Code de commerce n'annule pas, ne déclare annulables que les actes intervenus entre la cessation des paiements et la faillite : que c'est là un cas particulier, qu'il s'en présente de nombreux dans lesquels il- ns eue

rait recevoir d'application : que l'article 1167 est sans doute d'une application générale mais qu'il est de jurisprudence constante qu'il faut prouver non seulement la fraude du vendeur mais la connivence de l'acquéreur, la collusion frauduleuse, que c'est là une première difficulté, que les tribunaux peuvent donc rarement l'appliquer.

Les objections, faites au fonds, méritent d'être examinées plus attentivement. Voici comment M. Legrand formulait la première :

« D'abord on n'accorde pas dans la loi et on ne propose pas de le faire dans une autre loi, le droit de surenchère toutes les fois qu'il s'agira de la vente d'une autre valeur mobilière. On fait une exception spécialement pour les fonds de commerce. C'est seulement la valeur mobilière ayant nature de fonds de commerce qui sera sujette à une surenchère du sixième de la part des créanciers du vendeur.

« Par exemple, quand on vendra des droits successifs, des créances, des valeurs mobilières, le matériel commercial ou même en bloc, les marchandises, le vendeur ne sera pas soumis au droit de surenchère. C'est uniquement quand la vente se sera présentée sous la forme globale d'une vente de fonds de commerce qu'il y aura surenchère possible »

Le rapporteur, en lui répondant, était forcé de reconnaître que le droit de surenchère, qu'il s'agissait d'accorder au créancier du vendeur du fonds de commerce,

constituait en effet une exception. Mais il prétendait avec raison qu'il était justifié par la nécessité de mettre fin aux dissimulations de prix qui étaient de pratique constante en matière de vente de fonds de commerce.

Il citait, comme exemple, la dissimulation habituelle de la partie du prix payée comptant sur laquelle les intermédiaires prélevaient des honoraires. Il aurait pu parler des intermédiaires indéliçats et des négociants peu scrupuleux se partageant au préjudice des créanciers, souvent du précédent vendeur lui-même, la différence entre le prix déclaré et le prix porté à l'acte. L'un des exemples de fraudes cité par le rapporteur était justement en effet celui d'une fraude commise au préjudice du vendeur.

Il ajoutait : « Il s'agit, d'ailleurs, non de la vente d'objets particuliers mais de la vente d'un ensemble qui constitue presque toujours le patrimoine entier d'un commerçant. Il n'y a évidemment aucune analogie à établir entre la vente d'un objet particulier, de meubles, par exemple, et la vente d'un fonds de commerce qui, je le répète, forme le plus souvent tout le patrimoine du commerçant. »

M. Bouvier-Bangillon, rapportant l'objection et la réponse, se range délibérément à l'opinion du rapporteur et ajoute avec raison un argument de droit qui n'aurait peut-être pas ému une assemblée mais qui nous paraît décisif.

« Le débat, dit-il, porte sur la surenchère : au fond le

« débat ne devrait-il pas porter beaucoup plus sur le droit
 « de suite du créancier chirographaire : voilà ce qui est
 « vraiment exceptionnel ? Ce droit de suite admis, en effet,
 « la surenchère s'y greffe comme un perfectionnement.
 « Mais le droit du créancier chirographaire sur le fonds
 « de commerce est exceptionnel ; il n'existe, en principe,
 « dans le droit français, ni en matière mobilière (sauf le
 « navire) « En fait de meubles possession vaut titre,
 « art. 2279 » ni même en matière immobilière. Pourquoi
 « ici ce droit de suite ? La légitimation m'en paraît
 « résulter d'une constatation déjà faite. La loi nouvelle
 « n'a fait que consacrer un ancien usage. Si la coutume
 « s'était introduite qui donnait droit de suite au créan-
 « cier chirographaire sur le fonds de commerce, c'est
 « qu'en cette matière ce droit était utile, que les fraudes
 « graves et nombreuses étaient à craindre. L'introduc-
 « tion par la coutume de ce droit de suite est la preuve
 « de sa nécessité. »

L'argument tiré par M. Legrand du fait que le droit de surenchère en discussion portait atteinte à la liberté commerciale, était plus grave encore.

« J'aborde maintenant, disait-il, la question qui est peut-
 « être la plus grave, au point de vue du droit du vendeur,
 « du droit de l'acquéreur non moins respectable que le
 « droit du vendeur, des créanciers eux-mêmes et enfin de
 « la liberté du commerce. Prenez d'abord le vendeur.
 « Voilà un commerçant qui peut avoir quelques dettes ; je

« l'admets et je répète même que c'est la règle générale.
« Un négociant a toujours un passif courant qu'il ne peut
« solder du jour au lendemain. Il vend son fonds de com-
« merce : c'est un homme honnête, loyal ; il a cependant
« pu consentir cette vente moyennant un prix inférieur à
« celui qu'il aurait obtenu d'un autre acquéreur. Il a fait
« un contrat sérieux, il a peut-être vendu son fonds de
« commerce à son fils, à son gendre, à son commis inté-
« ressé dans la maison depuis plusieurs années ; il l'a
« vendu en considération de la personne parce qu'il se
« trouvait en présence d'un acquéreur connu de lui ; il ne
« l'aurait peut-être pas cédé dans d'autres conditions. Et on
« ira sans savoir si l'acte est frauduleux mais simplement
« parce qu'un créancier se présentera et donnera un
« sixième de plus de la valeur du fonds, on ira dérouter,
« passez-moi le mot, les combinaisons familiales de ce
« père de famille, retirer le fonds de commerce des mains
« de son fils ou de son gendre et l'évincer au moyen d'une
« surenchère. Je trouve cela d'autant plus monstrueux,
« que j'ai tenu à établir ce fait qu'il était impossible
« d'affirmer que l'autre actif du vendeur de fonds de com-
« merce ne suffira pas pour payer tous ces créan-
« ciers... il se peut faire que le vendeur ait accordé
« terme et délai à son acquéreur pour le paiement
« du prix ; et cela parfois aussi bien dans son propre
« intérêt que dans celui du créancier, soit pour obtenir
« un prix plus élevé, soit parce que l'acquéreur n'é-

« tait pas en mesure de payer le prix intégralement. »

L'orateur après s'être occupé du vendeur passait à l'acquéreur : « La situation de l'acquéreur, disait-il, est « encore plus intéressante, si c'est possible. A lui point de « reproche à faire. Ce n'est pas sa faute si le vendeur a « des créanciers ; il a acheté le fonds de commerce peut- « être à la suite de longues discussions, avec l'intention « de consacrer à son exploitation toute son existence com- « merciale. Il a pu quitter une situation qu'il avait, anté- « rieurement, réaliser des valeurs mobilières qui compo- « saient sa fortune, vendre des immeubles, peut-être a-t-il « contracté un mariage ou des fiançailles. »

L'argumentation était puissante et pour y répondre d'autres orateurs se joignaient au rapporteur.

M. Cordelet fait observer d'abord que M. Legrand avait toujours raisonné comme s'il s'agissait d'un débiteur *in bonis*, que si le vendeur d'un fonds de commerce était au-dessus de ses affaires, si le prix ne représentait pas tout son patrimoine, s'il était en mesure de payer tout son passif, il ne voyait pas comment l'acquéreur pourrait avoir à redouter la procédure de surenchère. Il ajoutait que, s'il était hors d'état d'ajouter au prix porté au contrat une valeur quelconque qui puisse lui servir à désintéresser ses créanciers, on se trouverait en présence d'un débiteur insolvable : « Et alors je me demande, concluait-il, si l'on peut « admettre qu'il puisse faire une bonne affaire en achetant « un fonds moyennant un prix notablement inférieur à sa

« valeur réelle au grand préjudice des créanciers inscrits
« dont le fonds est le seul gage. »

D'autant, comme il l'avait démontré d'abord, qu'en matière commerciale la liberté des conventions n'est pas si absolue qu'en toute autre matière ; que les articles 446, 447, 448 du Code de Commerce y apportent déjà des restrictions très graves.

M. Fessard, s'occupant plus spécialement des intérêts de l'acquéreur, s'ingéniait à montrer qu'il ne courait pas les dangers représentés si éloquemment par M. Legrand. Dans la pratique, disait-il, on procédera de façon différente. Du moment qu'on saura qu'on est exposé à une éviction, on ne réalisera pas ses valeurs, on ne déplacera pas son mobilier, on ne mettra pas son nom sur une enseigne. On attendra pour le faire que les formalités de propriété définitive soient accomplies. Je vois immédiatement la forme de l'acte. Entre les soussignés. Un tel vend à un tel. La vente est ferme, le prix déterminé, mais l'entrée en jouissance est différée jusqu'après un délai permettant d'accomplir toutes les formalités préalables : de sorte que l'acquéreur ne viendra s'installer dans son fonds de commerce que lorsqu'il saura en être définitivement et légitimement propriétaire.

M. Legrand répliquait que, si cette façon de procéder était en effet praticable, les inconvénients n'en subsisteraient pas moins quand le propriétaire du fonds serait forcé de vendre immédiatement, par exemple en cas de décès et

de vente par des héritiers ne pouvant continuer l'exploitation. La clause, en ce cas, aura pour effet d'empêcher la prise de possession immédiate par l'acquéreur et peut-être, pendant cet intervalle, de déprécier le fonds dans des proportions considérables.

Il aurait pu ajouter que le vendeur, étant en droit de demander des garanties, le dépôt du prix, par exemple, l'acquéreur n'en serait pas moins dans la plupart des cas, dans la nécessité de réaliser des valeurs contractées ou empruntées, faire des opérations pouvant devenir ruineuses pour lui si le fonds lui échappait.

Après s'être appuyé sur les principes, M. Legrand recherchait, si, pratiquement, le droit de surenchère conféré aux créanciers pourrait s'exercer en connaissance de cause par les créanciers, si le débiteur ou prétendu débiteur et son acquéreur ne seraient pas exposés à le voir exercé par des personnes n'y ayant pas droit.

D'après l'article 5, objectait M. Legrand, on dit que la surenchère ne pourra être exercée que si le prix est insuffisant. Mais en fait il est absolument impossible de savoir si le prix est ou n'est pas suffisant pour payer tous les créanciers qui surviendront. On peut savoir qu'il n'est pas suffisant pour payer des créances inscrites au greffe à des créanciers nantis d'un privilège, mais il est absolument impossible de savoir si le prix sera suffisant quand il s'agit des autres créanciers chirographaires, car des oppositions

peuvent survenir après l'expiration du délai du surenchère du sixième.

A un autre point de vue, ajoutait-il, on dit insuffisant, « C'est bientôt fait, mais comment cette insuffisance peut-elle être certaine ? Il arrivera, par exemple, que des créanciers du vendeur formeront une opposition, qu'ils exerceront ensuite le droit de surenchère, alors que par la suite et postérieurement à la surenchère qui doit, il ne faut pas le perdre de vue, être exercée dans un court délai ce prix n'aura pas été insuffisant. Pourquoi ? parce que les créanciers qui auront formé opposition, peut-être le surenchérisseur lui-même, verront leur créance contestée, écartée et disparaître en vertu de décisions judiciaires postérieures. » De sorte qu'il arrivera ou que la surenchère aura été pratiquée à tort, le prix étant suffisant ou qu'elle n'aura pas été pratiquée à tort également, le prix étant ou devenant réellement insuffisant.

Le rapporteur a essayé de répondre à ces objections. A la première il répliquait : « M. Legrand nous a dit : comment saura-t-on si le prix est véritablement suffisant ou non pour désintéresser les créanciers... Notre collègue parlait de cette idée que, non seulement on tient compte des oppositions survenues dans les dix jours, mais de toutes celles qui pourraient subvenir ultérieurement... Non : ces créances postérieures on n'en tiendra pas compte. »

Cette réponse ne nous paraît pas porter. Ce qui préoc-

cupait M. Legrand ce n'était pas de savoir qui pourrait surenchérir, mais si le droit pourrait toujours et légitimement être exercé.

La réponse à la deuxième objection paraît au contraire porter. M. Legrand avait démontré que l'insuffisance de prix ne serait pas certaine dans tous les cas, que les créances révélées par les oppositions pourraient être contestées, la créance du surenchérisseur lui-même.

« Je le reconnais, disait M. Cordelet. C'est un droit qui appartient en effet à l'acquéreur : et alors de deux choses l'une : ou la créance, qu'il a contestée, sera en effet jugée inexistante et alors, s'il en résulte que le chiffre des créances non contestées, certaines et reconnues celles-là, excède le prix, la surenchère suivra son cours. Elle sera sans objet et nulle si le passif devient inférieur. Au contraire s'il échoue dans sa contestation et si la surenchère subsiste il n'aura qu'à s'en prendre à lui même du retard dont il aura été la cause. »

Mais, s'il réussit, n'aura-t-il pas subi les mêmes retards et ils pourraient être considérables si le prétendu créancier use de tous les moyens que la loi met à la disposition d'un plaideur pour prolonger, sinon éterniser, un débat, s'il suit l'affaire devant toutes les juridictions auxquelles elle peut être déférée.

Quoiqu'il en soit il faut reconnaître que les arguments invoqués de part et d'autre avaient, pour la plupart, une grande force et ils suscitaient l'observation suivante d'un

membre de l'assemblée qui paraît bien traduire l'impression générale.

« Messieurs, j'ai rarement entendu deux contradicteurs
« donner pour et contre, des raisons plus solides... »

Et après avoir rappelé les occasions qu'il avait eu de démontrer que le commerce français était celui qui présentait la plus grande solvabilité, l'intérêt qu'il y avait à conserver sa réputation, après avoir reconnu la légitimité des droits du vendeur et de l'acheteur : il concluait :
« L'honorable M. Legrand a cependant été trop loin
« lorsqu'il a cherché à nous attendrir sur le sort d'un fils
« ou d'un gendre. Il ne parlait plus du créancier à ce
« moment.

Il s'est trouvé en contradiction avec M. Cordelet et lorsque l'honorable rapporteur nous a démontré que les
« intérêts des créanciers devaient passer avant les intérêts
« des fils et des gendres je l'ai approuvé en disant « très
« bien. »

« *Le premier devoir d'un commerçant c'est, coûte que coûte,
« de payer ses dettes.* »

Et cette raison, qui nous paraît avoir enlevé le vote du Sénat, nous semble en effet suffire à légitimer l'institution de la surenchère du sixième.

Les observations de l'honorable M. Legrand n'avaient pas d'ailleurs été sans utilité.

Le rapporteur avait été forcé de reconnaître la justesse

de plusieurs d'entre elles, la nécessité de compléter et modifier la proposition sur différents points.

C'est ainsi que, d'après la proposition de loi, on aurait pu exercer le droit de surenchère même sur des fonds vendus judiciairement, entourés par conséquent de toutes les garanties que la surenchère avait pour seul but d'assurer.

Faisant droit aux observations de M. Legrand, le Sénat décidait (article 21) qu'elle ne pouvait s'exercer que sur les fonds vendus à l'amiable.

Par différentes dispositions qu'il est inutile de rapporter ici, estimant que la seule menace suffirait à intimider les fraudeurs, il en rendait l'exercice plus difficile et assurait par tous les moyens le paiement par les surenchérisseurs du prix par eux offert.

III. Un droit spécial était nécessaire aux créanciers privilégiés, aux vendeurs. Ce droit, les orateurs mêmes qui s'opposaient à l'établissement d'une surenchère du sixième en reconnaissaient la nécessité. Et alors que, pour rendre la première plus difficile, on avait proposé d'en fixer le taux au quart, tout le monde reconnaissait qu'en donnant aux créanciers privilégiés inscrits le droit de surenchère, on ne pouvait exiger d'eux qu'ils offrent plus d'un dixième en plus.

Par contre tout le monde aussi était d'accord pour reconnaître que, si les créanciers inscrits devaient pouvoir sauvegarder leurs intérêts au moyen de la surenchère, ce

droit ne pouvait leur appartenir indéfiniment et qu'il fallait assurer à l'acquéreur les moyens de s'assurer la possession du fonds acheté en rendant son prix définitif, créer en matière de vente des fonds une procédure de purge analogue à celle établie en matière immobilière.

Cette double procédure est réglementée par les articles 22 et 23 de la loi du 17 mars 1909 qui règlent minutieusement la procédure de purge et les conditions de la surenchère : nous nous bornerons pour le détail à y renvoyer.

Mais il peut être intéressant de rechercher l'origine de ces procédures, notamment de celle de purge et le but du législateur en les instituant et certaines parties de ces articles appellent des observations.

MM. Boutaud et Chabrol, auteurs d'un ouvrage traitant d'une manière aussi complète qu'autorisée de la matière des fonds de commerce, après avoir constaté qu'en l'état de la législation avant la loi du 17 mars 1909 l'acquéreur d'un fonds de commerce ne pouvait purger, ajoutaient qu'on concevrait très bien au contraire que la loi le leur permit, qu'elle faciliterait la circulation des fonds. Et ils signalaient, dans les termes suivants, les dangers que présentait un pareil état de chose et les moyens d'y parer auxquels on avait recours dans la pratique.

« L'impossibilité de purger, disaient-ils, peut faire
« naître des difficultés graves si les créanciers gagistes ne
« sont pas accommodants. Lorsque le débiteur aura
« trouvé un acquéreur il leur sera, en effet, loisible de

« saisir le fonds et de le faire vendre entre les mains de
 « l'acquéreur, si le prix est insuffisant pour les désin-
 « téresser. Ce peut être une sérieuse entrave à la libre
 « circulation des fonds. Aussi certains notaires et certains
 « praticiens insèrent-ils dans l'acte de nantissement une
 « clause permettant à l'acquéreur de purger. A cet effet
 « celui-ci doit faire offre de son prix au créancier inscrit
 « qui peut dans un certain délai requérir la vente aux
 « enchères du fonds en faisant sous une garantie suffisante
 « une surenchère que l'on fixe généralement au dixième
 « par analogie à la purge des hypothèques ».

C'est ce désidératum que la loi a rempli et, sur ce point, comme sur la plupart des points qu'elle a réglementés, on peut constater qu'elle s'est inspirée de l'expérience des hommes d'affaires et n'a fait que consacrer les pratiques qu'ils avaient imaginées et dont l'application avait démontré l'efficacité.

Comme observations nous croyons devoir présenter les suivantes :

1° La surenchère du dixième sur les fonds de commerce, comme la surenchère immobilière et contrairement au principe admis en matière de surenchère du sixième, est ouverte aux créanciers inscrits, sans qu'il y ait lieu de rechercher si le prix paraît ou ne paraît pas suffisant pour les désintéresser. Et la raison en est facile à comprendre. Il ne s'agit pas ici comme pour la surenchère de l'article 5, d'une mesure exceptionnelle ayant pour objet

d'empêcher des fraudes que la matière rendait trop faciles, il s'agit de l'exercice d'un droit normal, d'un droit que le propriétaire du fonds de commerce à lui-même conféré à son débiteur sur son fonds.

2° Le délai de quinzaine, fixé par le § 2 de l'article 23, ne doit pas être augmenté des délais de distance. Et voici la raison qu'en donne M. Cordelet dans son rapport.

« Nous estimons que la question doit être tranchée
« négativement en matière de vente et de nantissement
« des fonds de commerce pour abréger, dans l'intérêt de
« l'acquéreur, le temps pendant lequel la propriété du
« fonds reste incertaine entre ses mains ».

3° M. Bouvier-Bangillon fait remarquer que l'indication que le fonds est mis aux enchères publiques avec le matériel et les marchandises qui en dépendent paraît au premier abord en contradiction avec l'idée que dans les notifications et la surenchère on fait abstraction du matériel et des marchandises. Il signale que, primitivement, dans les notifications à fin de purge et la surenchère on comprenait le matériel et les marchandises et que le passage étudié dans l'article 23 concordait alors parfaitement et il se demande si ce n'est pas là le résultat d'une erreur, si l'on aurait pas oublié de modifier ce texte lorsqu'on a décidé pour les notifications et la surenchère de faire abstraction des marchandises et du matériel.

« Mais, dit-il, cette idée est inexacte. En effet, c'est en
« même temps qu'on écrivait dans les articles 22 et 23 les

« mots *non compris le matériel et les marchandises*, qu'on
« introduisait dans ce même article 23 la phrase sur la
« mise aux enchères publiques du fonds *avec le matériel*
« *et les marchandises qui en dépendent*. Qu'est-ce donc à dire ?
« Il y a bien en apparence contradiction entre cette mise
« aux enchères du matériel et des marchandises et la dispo-
« sition déjà signalée d'après laquelle l'adjudicataire est
« tenu de prendre les marchandises et matériel à dire
« d'experts. La seule explication est qu'il s'agit d'une
« adjudication de principe, sans prix fixé dès maintenant,
« On veut qu'il soit bien compris que c'est en vertu de son
« titre d'adjudicataire que ce dernier aura, à un prix à fixer
« plus tard par expertise, le matériel et les marchandises.»

4° Le § 3 de l'article 23 dispose : « A partir de la signi-
« fication de la surenchère l'acquéreur, s'il est entré en
« possession de fonds, est de droit administrateur
« sequestre du fonds et ne pourra plus exercer que des
« actes d'administration. Toutefois il pourra demander
« au Tribunal de Commerce ou au juge de référé, suivant
« les cas, à tout moment de la procédure, la nomination
« d'un autre administrateur; cette demande peut éga-
« lement être formée par tout créancier ».

Devant examiner plus loin la question de compétence en général, nous nous arrêterons à la partie de ce paragraphe instituant une double juridiction, mais il nous paraît intéressant de rechercher l'origine de cette disposition et d'en indiquer les avantages.

M. Cordelet, dans sa réponse aux observations de M. Legrand dans la séance du 23 mai 1907 l'indiquait comme un moyen de sauvegarde dans l'intérêt des créanciers.

« Il est sauvegardé, disait-il, par les mesures prévues dans la proposition. Quand une surenchère aura été formée, l'acquéreur du fonds sera, de droit, administrateur sequestre. C'est un droit qu'il faut lui laisser, car il est le premier intéressé à maintenir le fonds qu'il peut avoir le désir et l'espoir de conserver. »

Mais ce qu'il est plus intéressant de signaler c'est la nécessité de la disposition. La question se posait en effet avant la loi du 17 mars 1909 de savoir si, en cas de surenchère, les juges pouvaient nommer un séquestre.

L'article 1961 du Code civil dispose : « La justice peut ordonner le séquestre : 1° des meubles saisis sur un débiteur ; 2° d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ; 3° Des choses qu'un débiteur offre pour sa libération. »

Et la question se posait de savoir si ce texte est limitatif ou si les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire de nommer des séquestres dans tous les cas où ils peuvent être utiles.

L'affirmation était, d'ailleurs, admise par les meilleurs auteurs et de nombreux tribunaux :

MM. Aubry et Rau (1) écrivent : « Les tribunaux sont
 « autorisés à ordonner la mise sous sequestre d'une chose
 « qui forme l'objet d'une instance judiciaire, lorsque la
 « conservation des droits des parties leur paraît exiger cette
 « mesure et notamment..... Il est permis aux tribunaux
 « d'ordonner le sequestre dans le cas d'une instance sur
 « surenchère dont l'effet est de rendre la propriété de
 « l'immeuble surenchéri sinon litigieuse du moins incer-
 « taine entre les parties. »

Dalloz (supplément au répertoire alphabétique V^o Dépôt, sequestre) cite sous les n^{os} 82 et 83 les décisions en ce sens et sous le n^o 84 les autorités en sens contraire. Au répertoire périodique 1899-1 page 245, il a fait paraître une note constatant la controverse en doctrine et en jurisprudence.

La transformation d'office de l'adjudicataire en sequestre met fin à une autre controverse relative au sort des opérations de l'acquéreur dans l'intervalle entre la première et la deuxième adjudication. On se demandait, en effet, si le droit de l'acquéreur, qui avait entrepris la purge et qui se trouvait évincé, était résolu, si le nouvel adjudicataire devait être considéré comme continuant le propriétaire originaire ou le premier adjudicataire.

La Cour de Cassation tenait pour la résolution, mais des auteurs, notamment M. Baudry-Lacantinerie (1) criti-

(1) *Cours de droit civil français*, T. IV, § 409.

(1) *Précis de droit civil*, T. III, 1517.

quaient ce système. L'acquéreur surenchéri ne pouvait, aux termes formels de la loi, faire que des actes d'administration, les actes de disposition qu'il aurait pu faire, postérieurement à la signification de la surenchère, devraient évidemment être considérés comme nuls et nonavenus, s'il est évincé.

5° Le § 4 de l'article 23 ainsi conçu : « Le surenchérisseur ne peut, en payant le montant de la soumission, empêcher par un désistement l'adjudication publique si ce n'est du consentement de tous les créanciers inscrits, » est le rapprochement de l'article 2190. Il était nécessaire à la sauvegarde des droits des autres créanciers dont les intérêts seraient lésés, si, pouvant surenchérir et ne l'ayant pas fait parce qu'un autre créancier l'avait fait, ils se trouvaient, par son désistement, privés du supplément du prix que devait procurer la surenchère. Il n'est d'ailleurs que la consécration du principe formulé par MM. Aubry et Rau, T III, n° 294 : « La réquisition de mise aux enchères, faite valablement par l'un des créanciers, devient commune aux autres. »

IV. Ayant réalisé leur gage, ayant veillé à ce qu'il atteigne sa véritable valeur, il restait aux créanciers à s'en faire attribuer le prix conformément à leurs droits.

Dans quelle forme cette distribution pourra-t-elle être faite et comment se régleront leurs droits ?

Elle pourra évidemment, si les parties se mettent d'accord, être faite à l'amiable.

Mais il pourra être nécessaire d'y procéder judiciairement, par exemple, si le débiteur est déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire avant le règlement provisoire et l'expiration des délais de l'article 660 du Code de procédure, en tous cas si les créanciers ne se mettent pas d'accord.

Les règles à appliquer pour la distribution seront, dans le premier cas, celles édictées par le Code de commerce en matière de faillite, dans le deuxième cas, celles édictées par le Code de procédure en matière de distribution par voix de contribution. La loi contient une lacune sur ce point, qu'on s'explique d'autant moins que dans une matière se rapprochant de celle qui nous occupe, la distribution du prix d'un navire, la loi du 10 juillet 1885 a organisé une procédure se rapprochant de la procédure de l'ordre, ce qui était rationnel. La forme à suivre ne saurait donc donner ouverture à des difficultés.

Le rang, dans lequel les créanciers seront payés, peut au contraire soulever de nombreuses questions.

Le premier rang en est assuré par l'article 2 de la loi du 17 mars 1909 au vendeur non payé à l'encontre des créanciers nantis, à la seule condition d'inscrire son privilège dans la quinzaine de la vente. Dans ce cas son inscription prime toutes celles qui pourraient être prises,

dans le même délai et même avant la sienne, du chef de l'acquéreur.

Avant cette disposition le créancier nanti, s'il était de bonne foi, pouvait, d'après la jurisprudence, être préféré au vendeur. (1)

Le vendeur, dont le privilège s'exerce séparément sur chacun des trois éléments du prix, marchandises, matériel et achalandage, peut cependant avoir encore intérêt à se faire consentir un nantissement. Le privilège du créancier nanti est, en effet, indivisible et frappe tous les éléments du fonds compris dans le nantissement jusqu'à son extinction. Si l'acquéreur se libère successivement des prix correspondant aux marchandises, le vendeur n'a plus de privilège que sur la clientèle, alors que celui du nanti continue de porter à la fois sur le matériel et la clientèle qui peuvent lui être donnés en garantie.

Il reste à régler sa situation vis-à-vis des autres privilégiés généraux ou spéciaux.

Le privilège du vendeur constitue un privilège spécial. Il doit donc primer les privilèges généraux accordés par l'article 2101. La doctrine, appliquée sur le prix des autres meubles, doit, en effet, évidemment être appliquée en matière de fonds de commerce. Il n'y a pas de raison d'y déroger.

(1) Amiens, 8 mai 1906, *Gazette des Tribunaux*, 17 juillet 1906 ; Paris, 8 janvier 1908, D. P., 1908, 2, 147.

Les frais de justice seuls, faits dans l'intérêt des créanciers et qui sont, pour ainsi dire, leur dette propre, peuvent être prélevés avant ce qui reste dû aux vendeurs non payés.

On pourrait soutenir que les commis et ouvriers dont le travail a assuré la conservation du fonds doivent également être préférés au vendeur, mais c'est plus contestable.

Il est bien entendu, d'ailleurs, que, s'il existe dans l'actif du débiteur des éléments libres de tout privilège, c'est sur ses éléments que doivent s'exercer d'abord les privilèges généraux.

Mais le vendeur peut se trouver en conflit avec d'autres créanciers ayant eux-mêmes des privilèges spéciaux, par exemple, avec :

1° Un créancier gagiste en possession matérielle d'un lot de marchandises.

Le propriétaire d'un fonds, même non payé, peut évidemment vendre les marchandises le garnissant et il semble difficile qu'on lui refuse le droit de les donner en gage ;

2° Le propriétaire des lieux où le fonds est exploité, dont le privilège s'étend sur tous les meubles garnissant les lieux loués.

M. Bouvier-Baugillon donne pourtant la préférence au vendeur de fonds, tout en concédant qu'une partie du prix du matériel et des marchandises, si le matériel a été

amélioré, si le stock des marchandises a été augmenté, pourra échapper au privilège du vendeur par application de l'article premier, paragraphe 4, expliqué ainsi par M. Cordelet : « Ce qui revient à dire que le matériel réparé ou partiellement renouvelé, n'est censé subrogé à l'ancien et les marchandises elles-mêmes ne sont aussi subrogées à celles existantes lors de la première vente, que pour la valeur qui leur est attribuée dans cette vente. »

Mais c'est là une opinion contestable. En effet, disent MM. Boutaud et Chabrol, on doit remarquer surtout que le droit au bail, entrant dans la composition du fonds, ne peut y être compris que sous déduction des charges qui le grèvent ;

3^o Le vendeur de meubles ou marchandises.

Il semble bien qu'on doive accorder la préférence au vendeur du fonds. Les fournisseurs ont dû connaître l'existence du privilège du vendeur, en fournissant ils ont fait confiance à leur acheteur.

On pourrait cependant observer, disent MM. Boutaud et Chabrol, que l'alimentation du fonds en marchandises constitue un acte conservatoire du fonds ;

4^o La conservation de la chose.

On ne conçoit guère une créance dont l'origine serait la conservation du fonds de commerce pris dans son ensemble, mais le fait peut se produire pour le matériel ou une partie du matériel et évidemment, en ce cas, il faudrait faire

application des privilèges généraux, donner la préférence à celui qui aurait assuré la conservation de la chose ;

5° Le créancier hypothécaire d'un commerçant exerçant le commerce dans un immeuble lui appartenant.

Le créancier, prétendant que le matériel garnissant les lieux était immobilisé, pourra-t-il demander que la valeur lui en soit attribuée à l'exclusion du vendeur du fonds ?

M. Percerou, qui prévoyait le cas dans un rapport, résoud la question par l'affirmative en ce qui concerne les créanciers nantis, mais son raisonnement nous paraît s'appliquer aussi bien au vendeur du fonds. Voici comment il s'exprime :

« Une autre difficulté... peut se présenter relativement
« au matériel, quand le commerçant exploite son fonds
« dans un immeuble lui appartenant et grevé d'une
« hypothèque. Faut-il alors étendre le droit du créan-
« cier hypothécaire au matériel en se basant sur ce que,
« placé dans l'immeuble, par le propriétaire et pour
« son exploitation, il est devenu (art. 524, Code Civil)
« immeuble par destination ; ou bien doit-on, au con-
« traire, donner la préférence au créancier dans le nan-
« tissement duquel rentre ce matériel ? En législation la
« meilleure solution du conflit serait, croyons-nous, celle
« qui détermine le rang de préférence d'après l'ordre des
« dates. Au moment où il reçoit la sûreté que lui consent le
« débiteur, chaque créancier peut en effet savoir aisément
« s'il n'y a pas déjà quelque charge réelle grevant le

« matériel : le créancier hypothécaire, en consultant le
« registre des inscriptions de nantissement, le créancier
« nanti celui des hypothèques ».

V. Nous avons, à différentes reprises, fait allusion à la connaissance attribuée par la loi aux Tribunaux de commerce, de toutes les mesures relatives à la vente des fonds de commerce et de toutes les difficultés auxquelles cette vente pourrait donner lieu.

Cette attribution est édictée par les articles 13, § 5, 15, § 1, 16 § 2, 17 § 6 et 18 § 1, ainsi conçus qu'il nous paraît intéressant de grouper pour nous rendre mieux compte de leur portée, mieux saisir les anomalies et les lacunes qu'elles peuvent présenter, déterminer plus sûrement les questions qui restent soumises à la juridiction civile.

Article 13, § 5 : « Les demandes en déchéance du terme
« formées en vertu des deux paragraphes précédents
« devant le Tribunal de commerce sont soumises aux
« règles de procédure édictées par le § 8 de l'article 15 ci-
« après ».

Article 15, § 1 : « Tout créancier qui exerce des pour-
« suites de saisie-exécution, et le débiteur contre lequel
« elles sont exercées, peuvent demander devant le Tribu-
« nal de commerce dans le ressort duquel s'exploite le
« fonds, la vente du fonds de commerce du saisi avec le
« matériel et les marchandises qui en dépendent ».

Article 16, § 2 : « La demande est portée devant le Tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite le dit fonds, lequel statue comme il est dit aux §§ 5, 6, 7 et 8 de l'article précédent ».

Article 17, § 6 : « Il sera statué, s'il y a lieu, sur les moyens de nullité de la procédure de vente antérieure à l'adjudication, et sur les dépens, par le président du tribunal civil de l'arrondissement où s'exploite le fonds ; ces moyens doivent être opposés, à peine de déchéance, huit jours au moins avant l'adjudication. Le § 8 de l'article 15 est applicable à l'ordonnance rendue par le président ».

Article 18, § 1 : « Le tribunal de commerce, saisi de la demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation d'un fonds de commerce peut, s'il prononce une condamnation et si le créancier le requiert, ordonner par le même jugement la vente du fonds. Il statue dans les termes des §§ 5 et 6 de l'article 15 ci-dessus et fixe le délai après lequel, à défaut de paiement, la vente pourra être poursuivie ».

Ces dispositions, dans leur ensemble, soulevaient des questions de principe qui ont donné lieu, devant le Sénat, à une discussion intéressante.

Comme en ce qui concerne le principe de la surenchère du sixième, c'est l'honorable M. Legrand qui demandait que les difficultés qui pourraient s'élever à l'occasion de l'application de la loi, restent soumises aux juridictions ins-

tituées et investies par le droit commun du pouvoir de la solutionner. C'est l'honorable M. Vallé, auteur d'amendements en ce sens, qui demandait qu'elles soient renvoyées devant le Tribunal de commerce et qui a fait triompher son opinion.

La Commission, dans sa première proposition, attribuait la connaissance de ces difficultés aux Tribunaux civils. Dans un article portant le n° 14 elle disposait, qu'en vertu des titres qu'elle indiquait, après les formalités prescrites, les créanciers, poursuivant la vente du fonds de commerce de leur débiteur, devraient assigner celui-ci : « soit dans le « procès-verbal de saisie-exécution, soit par exploit distinct « devant le Président du Tribunal civil de l'arrondissement « où s'exploite le fonds. »

Cet article réservait au créancier la faculté de se pourvoir dans les formes étudiées par MM. Garsonnet et Bru.

L'article 18, devenu l'article 20, qui donnait à tout créancier le droit de s'opposer à la vente des parties isolées du fonds de commerce, même saisies exécutées, instituait la même compétence.

L'article 21, devenu l'article 23, attribuait compétence au juge de référé pour statuer en cas de contestation sur la validité de la surenchère, sur l'admissibilité de la caution et sur la solvabilité du surenchérisseur.

Enfin l'article 28, devenu l'article 30, attribuant au Tri-

bunal civil la connaissance des demandes en radiation d'inscription.

Le Sénat avait, en première délibération, décidé de soumettre l'ensemble de ces questions aux Tribunaux de commerce ; la Commission, à laquelle il avait renvoyé le projet pour être modifié en ce sens, proposait une théorie intermédiaire. Elle laissait au juge des référés, seul compétent pour les trancher (art. 806 du Code de procédure), la connaissance des difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement et supprimait la nécessité de constituer avoué, pour éviter des frais.

Son système était résumé comme suit :

« Compétence exclusive du juge de référé lorsqu'un
« créancier poursuit la vente du fonds en vertu d'un titre
« exécutoire.

« Compétence exclusive du Tribunal de commerce, si
« la vente ou le nantissement a un caractère commercial à
« l'égard des deux parties et ce sera de beaucoup le cas
« le plus fréquent.

« Droit d'option pour le créancier entre le Tribunal de
« commerce et le juge de référé si sa créance n'a à son
« égard qu'un caractère purement civil.

Cette proposition intermédiaire si judicieuse, si conforme aux principes qu'elle soit, avait le tort grave de ne pas tenir assez compte de la première décision de l'assemblée peut-être un peu surprise par le mirage des écono-

mies et des simplifications qu'on avait fait valoir devant elle, portée à donner satisfaction aux vœux des Chambres de Commerce, qui, composées de commerçants, fréquemment membres de tribunaux de commerce, désiraient naturellement réclamer la connaissance de toutes ces difficultés.

Aussi M. Vallé en avait-il facilement raison. En vain M. Legrand faisait valoir que les tribunaux de commerce n'étaient que des juges d'exception, qu'il leur était formellement interdit par les principes et les textes de connaître de l'exécution de leur jugement : de connaître des mesures d'exécution, par exemple des saisies-exécutions qui pourraient être pratiquées en vertu de décisions de juges civils. L'ensemble de ces difficultés leur était renvoyé et la loi ne réservait à la juridiction civile (article 17, § 6) que les moyens de nullité et de la procédure de vente antérieurs à l'adjudication et les dépens. Et cette compétence, elle l'attribuait au Président du tribunal suivant la commission sur le terrain où sa proposition était justement critiquable. Il est, en effet de principe que ce magistrat ne peut prendre que des mesures qui ne préjudicient pas au fond et ne peut dès lors statuer sur des questions de dépens.

Il était nécessaire de signaler cette double anomalie. Il nous reste à indiquer les questions qui peuvent rester soumises à la juridiction civile.

Nous avons déjà, au sujet de la réalisation de son gage

par le vendeur, eu occasion de signaler que le juge de référé, dans la mesure de sa compétence, pourrait, en cas d'accord des parties pour la vente du fonds, continuer à constater cet accord et ordonner la vente et en régler les conditions.

Nous avons aussi signalé la lacune de la loi relative à la répartition du prix du fonds et démontré, qu'en l'absence de dispositions spéciales, elle ne pourrait avoir lieu que suivant la procédure de distribution par voie de contribution, si étrange qu'il puisse paraître de distribuer ainsi des fonds à attribuer aux ayants droit dans l'ordre de leur inscription. Nous ne voulons indiquer ici que la conséquence de cette pratique : c'est-à-dire l'attribution à la juridiction civile, restée compétente en matière de distribution par voie de contribution, de la connaissance de toutes les difficultés qui pourraient s'élever au sujet du rang dans lequel seraient colloqués les créanciers suivant les avantages attachés au privilège leur appartenant. Et ces difficultés seront de beaucoup les plus nombreuses et les plus graves. Ajoutons que les tribunaux civils sont évidemment mieux qualifiés pour les trancher. On peut donc se demander si le silence de la loi est intentionnel ou dû à un oubli.

On peut regretter aussi que la loi du 17 mars 1909 n'ait pas indiqué les officiers publics compétents pour procéder à l'adjudication du fonds de commerce, ordonné en vertu de ses dispositions.

La question reste en effet discutée. MM. Boutand et Chabrol, dans l'ouvrage que nous avons déjà eu l'occasion de citer, signalaient les décisions judiciaires attribuant compétence exclusive aux notaires à raison du caractère incorporel du fonds de commerce, et la jurisprudence d'après eux bien établie, d'après laquelle la compétence dépendrait de l'importance respective des éléments qui se trouveraient les composer. Ils expriment d'ailleurs le vœu que la jurisprudence se décide définitivement en faveur des notaires : « on ne méconnaîtra effectivement, concluent-ils, que les ventes de fonds de commerce se font à des conditions plus avantageuses par leur intermédiaire (des notaires) que par l'intermédiaire des commissaires priseurs, grâce à la rédaction d'un cahier des charges qui détermine les clauses et conditions de la vente. »

Quant à nous, la question nous paraît devoir être tranchée en faveur des notaires et toute distinction impossible. Tout fonds de commerce comprend, en effet, et de toute nécessité, à la fois des éléments corporels et des éléments incorporels. Or les huissiers et commissaires priseurs sont absolument incompétents pour la vente de ces derniers ; la vente de ces éléments faite par eux serait nulle. Les notaires sont, au contraire, compétents pour vendre les uns et les autres et leur compétence générale s'impose, à notre avis.

CHAPITRE III

Législations étrangères

Nous nous proposons, dans ce chapitre, quelques indications sur les règles adoptées par les législations étrangères en matière de fonds de commerce. Mais ne pouvant songer à tracer un tableau d'ensemble des règles adoptées dans les divers pays, nous nous bornerons à une étude rapide, principalement des législations anglaise et allemande sur ce point.

§ I. — Législation anglaise

Le droit anglais, qui se distingue sur tant de points du droit commun des pays européens, s'écarte aussi des conceptions générales en matière de fonds de commerce. Parmi les éléments qui forment le fonds de commerce anglais il en est un qui domine tous les autres : c'est le *goodwill of business* ou achalandage. Peut-être cette expression n'est-elle pas très exactement traduite par le mot français *achalandage* : mais, en définitive, elle désigne un ensemble d'avantages qui résultent pour le négociant de

rapports suivis avec une clientèle (Cf. Allan, *The law relating to goodwill*, Londres, 1889, p. III). Le goodwill comprend les bénéfices réalisés dans les professions, non seulement commerciales mais libérales, telles que celles d'un médecin ou d'un homme de loi. En tant qu'on en limite l'application aux carrières commerciales, le goodwill se réfère aux bénéfices les plus divers dont la réalisation provient de l'achalandage et qui sont occasionnés par les circonstances les plus variées, soit extérieures au négociant, telles que les préjugés à la mode ou une situation particulièrement favorable du magasin, soit dues au talent personnel de l'exploitant, par exemple la notoriété de sa réputation et de ses aptitudes professionnelles répandues dans le public par les marques particulières ou les brevets dont il est propriétaire (J. W. Smith, *A compendium of mercantile law*, 10^e édition par J. Macdonall, 1890, 2 volumes. Book II, Chapter III, t. I, page 212) (Gombeaux, page 291).

La classification des causes qui donnent lieu à un achalandage avantageux a permis de distinguer le *personal goodwill*, dû à l'habileté technique du négociant et le goodwill proprement dit, inhérent en quelque sorte à l'exploitation et cessible avec elle. On a séparé aussi le *local goodwill* du goodwill plus spécialement lié à l'entreprise, qui représente la valeur propre du fonds, tandis que le local goodwill provient d'une prééminence de situation de l'immeuble ou de la manière dont il a été amé-

nagé en vue de la vie commerciale de l'établissement (Allan, page 7). Le local goodwill est une conception qui a été mise en lumière surtout dans le droit Anglais (Allan, p. 76, 113 et s.). Il représente la valeur particulière de l'immeuble en vue de servir à l'exploitation du commerce, en dehors de tout autre élément, abstraction faite notamment du droit au bail, dont la durée influe évidemment sur la valeur du fonds. Comme le remarque fort justement M. Gombeaux, les Anglais considèrent que « le bail ne représente que la jouissance temporaire d'une valeur susceptible d'une longue durée ; il n'épuise pas les qualités propres de l'immeuble par rapport à l'achalandage et si, à la fin du bail, le propriétaire congédie son locataire commerçant, il subsistera au profit de l'immeuble, indépendamment de l'ancienne entreprise et de sa clientèle propre, une valeur commerciale appréciable, résultant des qualités qu'il présente par sa situation ou son aménagement, pour attirer ou retenir la clientèle. C'est cette valeur qui constitue le local goodwill, et que le propriétaire de l'établissement peut exploiter personnellement ou louer à autrui » (Thèse, p. 292). En d'autres termes, l'immeuble, par suite de perfectionnements apportés à son aménagement, de sa situation au centre d'une agglomération importante constitue un excellent instrument d'exploitation et permettra toujours à un homme au courant de sa profession de tirer de l'exercice du commerce des bénéfices considérables.

C'est par cette source impersonnelle de revenus, qui est à la disposition de tous les acheteurs du fonds, que le *local goodwill* est constitué. On peut donc dire qu'il est l'apanage exclusif du propriétaire de l'immeuble et que celui-ci est assuré de jouir de ses avantages, soit sous forme d'exploitation directe, soit par voie de location à un tiers. Une conséquence immédiate découle de cette constatation évidente ; cette valeur passera, en cas de vente, à l'acheteur de l'immeuble et, en cas de constitution de gage (*Mortgage*) au *Moortgagee* (Allan, p. 76 et 113).

Abstraction faite, désormais, de cette distinction de plusieurs formes particulières de goodwill, il demeure exact de dire que l'achalandage représente, en droit anglais, la valeur prépondérante dans les divers éléments qui constituent le fonds de commerce : « l'achalandage désigne tous les avantages positifs dans l'exploitation du fonds de commerce » enseigne M. Stevens, rappelant que sur ce point telle est l'opinion générale des juristes anglais (Stevens, *Éléments de droit commercial anglais*, 4^e édition revue par Herbert Jacob, traduction par M. Escarti avec une introduction de M. Lerebours-Pigeonnière, p. 344).

Dès lors, c'est l'élément le plus important de l'actif du commerçant. Aussi peut-il faire l'objet d'une vente, par le *trustee* (syndic) en cas de faillite du négociant. Comme tout autre bien compris dans l'actif de ce dernier (*Bankruptcy act de 1883*, Allan, page 52) ; il comportera, en cas d'expropriation, une indemnité particulière au profit de l'explo-

tant, réglée en vertu d'une attribution distincte de celle faite au propriétaire de l'immeuble : enfin, étant doué d'une sorte d'autonomie juridique, il donnera lieu à des contrats qui n'auront pas d'autre objet, qui porteront exclusivement sur lui, il pourra être vendu ou légué ou être fourni par l'exploitant à ses créanciers à titre de sûreté spéciale (*mortgage*). (Allan, pages 48, 56, 76).

Cependant, quelle que soit l'importance du goodwill, il n'est qu'un élément du fonds de commerce et autour de lui viennent se grouper deux autres éléments qui sont destinés à maintenir la valeur économique de l'exploitation en retenant la clientèle : ce sont les marques (*trade marks*) et le nom commercial ou la raison sociale (*trade ou firme name*) ; le nom commercial ne se confond pas, du reste, nécessairement avec le nom patronymique du commerçant. Enfin, manifestement, en droit anglais comme dans toutes les législations, il y a lieu de tenir compte des marchandises, et de l'outillage ou matériel, pour obtenir la valeur totale de l'établissement.

Mais la notion du goodwill demeurant toujours prédominante, les autres éléments n'en forment que l'accessoire juridique, et il est admis en principe que toute cession du goodwill emporte transmission des marques et du nom commercial (Allan, p. 19 et 26). Et encore la tradition anglaise est-elle fixée en ce sens que la cession du goodwill ne s'étend pas nécessairement aux marchandises qui garnissent le fonds, ni au droit du bail (Allan, page 80).

De sorte qu'en définitive on peut caractériser la notion anglaise du fonds de commerce en disant qu'elle ne correspond nullement à une universalité et qu'elle se compose d'une juxtaposition de règles spéciales à chacun des éléments composant l'établissement, avec une prédominance particulière attribuée au goodwill.

Si l'on compare cette législation à la loi française du 17 mars 1909, on est amené à remarquer la similitude qu'offrent aujourd'hui les conceptions adoptées dans les deux pays puisqu'en France aussi des prix distincts peuvent être stipulés pour les éléments corporels et les éléments incorporels qui constituent l'établissement et que l'organisation pratique du privilège du vendeur d'un fonds de commerce pour le paiement de ces prix distincts n'obéit pas, dans les deux hypothèses, à des règles identiques.

L'application de ces principes à la conservation du privilège du vendeur d'un fonds est facile : le *mortgage* (sorte d'hypothèque réalisée par le moyen d'une aliénation fiduciaire (Stevens, p. 451) peut être établi à part, soit sur le goodwill, soit sur les marchandises, soit sur le matériel et l'outillage non fixés au sol à perpétuelle demeure (*Bills of sale act* du 23 août 1878 et du 18 août 1882 : Stevens p. 455). Quant aux effets de ce mortgage, on peut les caractériser en disant que la propriété légale réside sur la tête du créancier, donc reste au vendeur du fonds dans notre hypothèse ; la possession seule étant conservée par le débiteur tant que l'échéance de sa dette n'est pas arrivée

(Stevens, page 451). Le mortgage comporte, pour le créancier, le pouvoir de vendre, donc, ici, de revendre le fonds de commerce sur la tête de l'acquéreur, lorsque le débiteur est en retard de payer le prix dans les délais stipulés ; ou, si aucun délai n'a été stipulé, après qu'il a formulé une demande de paiement en bonne forme et accordé un délai d'exécution raisonnable (Stevens, page 453).

Au point de vue de sa validité au regard des tiers, le mortgage est assujéti à certaines règles de publicité : 1° enregistrement de l'acte dans les sept jours qui suivent sa réalisation, et la priorité des constitutions de la même valeur en gage au profit de plusieurs créanciers du même débiteur, est assurée par l'enregistrement ; 2° il faut que l'exécution de la vente soit attestée par un solicitor ; enfin 3° il faut que le bill contienne indication de la cause ; autrement dit la loi exige que les faits soient exactement rapportés dans l'acte constitutif, au point de vue, soit de leur effet légal, soit de leur effet dans le commerce et les affaires (Stevens, pages 459 et 460). Par exemple, remarque Stevens, il serait incorrect de présenter comme payé au vendeur de l'argent retenu par l'acheteur, à moins qu'il ne le fut en raison d'une dette préexistante (page 461). En cas d'inobservation des dites formalités, les créanciers, représentés dans la faillite de leur débiteur par le syndic, pourraient contester la validité de la dation en gage (Stevens, p. 462).

Toutes les règles que nous venons de rappeler supposent

que le fonds de commerce, dans son ensemble, ou dans quelques-uns de ses éléments, a été l'objet d'une dation en gage par l'acquéreur au profit du vendeur, pour sûreté du paiement de la totalité ou d'une fraction du prix, non réglé lors de l'achat.

Mais le vendeur a une autre sûreté : le *lien* c'est-à-dire une sorte de droit de rétention, qui lui permet de garder le fonds vendu jusqu'à ce que sa créance du prix ait été intégralement payée. Il peut naître soit de la coutume, soit du contrat de vente (Stevens, p. 159 et 471). Il n'a pas pour effet de conserver la propriété des objets vendus au cédant, car le droit de lien ne peut être invoqué par le vendeur non payé que si la transmission de la propriété a eu lieu au profit de l'acheteur. Il se réfère seulement à la possession et il permet au cédant non désintéressé de retenir la possession des objets cédés jusqu'au paiement du prix, ou jusqu'à l'offre de paiement, dans les cas suivants : *a*) vente sans aucune concession d'un délai de paiement ; *b*) insolvabilité de l'acquéreur régulièrement constatée, résultant de ce que le débiteur cesse de payer exactement la plupart de ses dettes (Stevens, page 159).

Signalons enfin qu'à côté de ce lien, ou droit de rétention, fondé sur la possession, la pratique anglaise admet des *liens d'équité* (équitable liens), qui résident dans le droit de stipuler l'affectation d'une portion de biens spécifiés au paiement d'engagements spéciaux (Stevens, page 473). La constitution d'une sûreté de ce genre serait possible sur

l'un quelconque des éléments du fonds de commerce ; si elle portait sur le goodwill, elle engloberait dans son étendue, ainsi que nous l'avons vu, les marques et le nom commercial.

Telles sont les règles applicables, en Angleterre, à la conservation du privilège du vendeur d'un fonds de commerce. Des principes analogues sont suivis, à cet égard, par le droit écossais et par celui des États-Unis (Gombeaux, p. 300). Là encore l'élément capital et caractéristique du fonds de commerce réside dans le *goodwill* et on ne considère pas l'établissement comme formant une universalité juridique, entraînant, pour la conservation des sûretés du cédant, identité de réglementation.

§ 2. — Législation allemande

Il convient d'étudier successivement la notion du fonds de commerce avant le Code de Commerce du 10 mai 1897, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, puis les innovations réalisées par ce Code.

I. Avant le Code de 1897. La notion économique du fonds de commerce ne différait pas sensiblement de la notion française. On entendait par là « l'entreprise commerciale considérée dans son ensemble » (Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Stuttgart, 4^e éd. 1898, § 14,

page 66). Le fonds de commerce comprend ainsi, dans la notion allemande antérieure à 1897, un ensemble de valeurs corporelles et incorporelles, la clientèle et l'achalandage, les marchandises, le matériel d'exploitation et même les livres de commerce. L'ensemble de ces valeurs constitue une unité économique, ayant son domicile propre, qui sera pris en considération pour la détermination du domicile judiciaire, qui se comportera, en d'autres termes, comme une universalité juridique, mais dont les éléments, cependant, ne sont pas indissolublement liés.

Parmi tous ces éléments, le droit allemand distingue de bonne heure et place aussitôt au premier rang, le nom commercial ou *Firma*. Une théorie s'est ainsi formée au XVIII^e siècle, qui a abouti à reconnaître une nature juridique particulière et, par suite, à appliquer une réglementation spéciale à la Firma. On a considéré, par suite des usages et des habitudes du commerce, que la Firma, étant le signe de ralliement de la clientèle, procurait au fonds sa valeur principale ; dès lors, rien de plus naturel que d'admettre la cession de la Firma avec l'entreprise elle-même. Mais on est allé plus loin et on a accepté l'indépendance juridique de la Firma par rapport au fonds et la possibilité de céder l'un séparément de l'autre. D'autre part, la Firma doit être nécessairement inscrite sur le registre du commerce de la localité où est exploité le fonds (Endemann *das Deutsche Handelsrecht* 4^e édit Heidelberg

1887, § 18, pages 74 et s. — Cosack, pages 77 et s. — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit Commercial*, 2^e édit. tome I, n^{os} 194 bis et s.)

Une autre question a de bonne heure attiré l'attention de jurisconsultes allemands, c'est celle de la transmission du passif grevant le fonds de commerce au cessionnaire de ce fonds. Le successeur va-t-il être tenu aux dettes du cédant de même qu'il recueille l'actif ? La réponse affirmative n'a jamais suscité beaucoup de difficultés. Seulement, si les auteurs ont été d'accord sur le résultat, ils se sont trouvés en divergence quant à la manière de l'expliquer. (Cf. sur ces questions l'analyse des différentes théories présentée par M. Gombeaux, *La notion juridique du fonds de commerce*, thèse, Caen 1901, p. 14 et s.). En Allemagne, beaucoup de jurisconsultes ont considéré que la transmission du passif à l'acquéreur était la conséquence de l'indépendance juridique ou personnalité morale de l'entreprise (Endemann, § 15 et s., pages 58 et s.).

Les grandes lignes de cette conception sont les suivantes : le fonds de commerce, dans ses divers éléments (clientèle, marchandises et matériel, capital affecté à l'exploitation, travail des employés, talent de l'entrepreneur ou propriétaire), constitue un organisme doué d'une vie propre, distinct du patrimoine personnel du négociant. C'est à lui que les créanciers, les fournisseurs et le public des acheteurs se réfèrent pour les obligations, les marchés ou les acquisitions ; ils traitent en considération du fonds

lui-même, bien plus que de la personne de celui qui le dirige. De là résulte que les créances et les dettes, nées au cours de l'exploitation, forment un actif ou un passif propre au fonds de commerce plutôt qu'un élément du patrimoine de son propriétaire. Rien de plus naturel, dès lors, que l'actif et le passif suivent le fonds de commerce passant à un nouveau titulaire. Il ne s'agit même pas d'une mutation des créances ou des dettes corrélative à celle du fonds : c'est une conséquence de la personnalité morale de ce dernier, qui, indifférente aux circonstances, subsiste dans son intégrité après comme avant la cession : et les charges comme les avantages de ce patrimoine passent à tous ceux qui en sont les exploitants successifs.

Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que les prédécesseurs soient exonérés du passif, les créanciers ne pouvant rechercher que le titulaire actuel ; seul doit être tenu le représentant actuel du patrimoine, et il n'est point besoin d'une clause spéciale contenue dans l'acte de cession pour atteindre ce résultat. Mais le propriétaire actuel, n'étant recherché qu'à raison de sa qualité de gérant des biens de la personne morale constituée par le fonds, ne répondra pas des dettes au delà de l'actif. La valeur du fonds de commerce limite l'étendue du gage sur lequel les créanciers sont en droit de compter. D'autre part, de ce que le fonds est doué d'une vie propre, il résulte une double séparation des patrimoines, d'abord entre le fonds et les autres biens du négociant ; puis les divers établissements

que la même personne exploiterait ne formeraient nullement une masse de biens unique sur laquelle tous les créanciers du propriétaire auraient indistinctement action : à chacun d'eux correspondraient un actif et un passif distincts. C'est, comme nous l'avons fait remarquer dans notre premier chapitre, la théorie de la *merx peculiaris*. D'autres jurisconsultes aboutissent à la même conclusion en prenant pour point de départ non pas la personnalité juridique du fonds de commerce, mais le dédoublement de la personne du négociant, qui aurait une double existence et devrait être considéré d'une part dans sa vie civile, d'autre part dans sa vie commerciale. A sa seule personnalité commerciale seraient attachés les créances et les dettes nées de l'exploitation du fonds, et, en cas de vente, le successeur occuperait immédiatement, activement et passivement, la place de l'ancien propriétaire (Voelderndorff, *Kommentar Zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, 1867, § ter, pages 192 ets) : — Enfin on a cherché à justifier l'obligation, pour l'acquéreur, d'acquitter tout le passif, par l'idée d'un patrimoine d'affectation, que représenterait le fonds de commerce : il se compose, dit-on, d'un ensemble de valeurs qui reçoivent une destination identique, la réalisation d'un gain, par suite d'une organisation rendant les rapports avec le public réguliers et constants. (Cf. Bekker, *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften*, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* de Goldschmidt, t.

IV, 1861, pages 499 et s). Cette unité d'affectation des divers éléments du fonds aurait pour conséquence de lui attribuer une homogénéité juridique et une personnalité distincte. Par la manifestation de son nom particulier (Firma) il entre lui-même en relations avec le public et devient le véritable créancier et le seul débiteur des obligations engendrées à son profit ou à sa charge par le fonctionnement de l'exploitation. Ces valeurs ou ces dettes, unies ensemble par le lien indissoluble que resserre la destination commerciale commune des multiples éléments du fonds, sont transmises directement au successeur en cas de cession, et, d'autre part, les divers établissements, dont la même personne assumerait la direction, auraient chacun leur actif et leur passif, sans confusion possible entre eux quant au recouvrement ou quant au paiement. En résumé, si, par son procédé de raisonnement, cette théorie diffère de la précédente, elle ne s'en éloigne pas sensiblement quant aux conséquences pratiques.

Ces conceptions ont été critiquées, même dans le pays qui les a vues éclore, et elles ne sont pas adoptées par l'unanimité, ni même par la majorité des jurisconsultes allemands (Gombeaux, page 275). Elles n'en ont pas moins exercé une influence indéniable sur les règles relatives à la vente et à la mise en gage des fonds de commerce. Sans aller jusqu'à ériger le fonds de commerce en personne morale ou en patrimoine d'affectation, la jurisprudence allemande avait nettement admis que les créances et les

dettes nées à l'occasion du commerce pouvaient, en vertu d'une convention, suivre le fonds dans le patrimoine d'un nouveau titulaire. (Delbrück *Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht*, Berlin 1853 p. 39 et s. — Goldschmidt. Compte rendu du traité de droit commercial d'Endemann, *Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht*, T. 36, 1889, page 307). Il était, d'autre part, universellement accepté que les divers éléments composant le fonds de commerce pouvaient être séparément l'objet d'un contrat sans que le rapport de droit dans lequel ils entraient dût réagir sur l'ensemble. Par application de ces idées à l'hypothèse d'une cession, on avait admis, avant le Code de 1897, qu'à défaut de clause contraire insérée dans l'acte, la vente du fonds n'imposait pas nécessairement et par elle-même la charge des dettes à l'acquéreur, mais que les parties avaient toujours le droit de stipuler une substitution aussi complète que possible dans les rapports avec le public, du cessionnaire au cédant, de manière à lui imposer le paiement de tout le passif grevant l'entreprise. Et le mode le plus usuel de réaliser cette substitution consistait dans l'envoi de circulaires par lesquelles le successeur informait le public de la cession intervenue, emportant pour lui reprise du fonds avec passif et actif (Veit Simon, *Ueber die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts*, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, T. 34, 1879, pages 91 et s). Cette publicité, introduite par les usages commerciaux, pouvait, d'ailleurs, être remplacée par

une mention, inscrite sur le registre du commerce, de la cession du passif, ou par un affichage dans les bourses de Commerce. En résumé, les dettes, qui sont un élément du fonds de commerce, ne passent pas nécessairement au successeur, d'après la jurisprudence allemande antérieure au code de 1897 ; mais celui-ci devient responsable vis-à-vis des tiers toutes les fois que, d'après le contrat porté d'une manière quelconque à leur connaissance, il paraît certain qu'il les a assumées. Une simple présomption suffit même à engendrer cette conséquence si lourde pour l'acquéreur : toutes les fois que la continuation des affaires s'opère sous la Firma ancienne, on en déduit que l'exploitant a entendu succéder aux dettes commerciales de son prédécesseur (Veit Simon, § 19, page 159 et 2 arrêts du Tribunal d'Empire, *Reichsgericht* des 9 juillet 1880 et 12 janvier 1886, *Annales de droit commercial*, 1887, page 94).

Ainsi la jurisprudence allemande antérieure au code de 1897 considérait, en définitive, le fonds de commerce comme formé d'un ensemble d'éléments distincts, susceptibles de garder leur condition juridique indépendante, mais tendait vers l'unité des parties intégrantes de l'ensemble, par suite de l'intérêt avec lequel avaient été accueillies les théories qui s'efforçaient de donner une base juridique à la personnalité morale de l'établissement commercial.

Rien n'était plus facile, dès lors, pour le vendeur d'un fonds de commerce, dont le prix n'était pas payé comp-

tant, que d'obtenir en gage, à son choix, soit l'universalité, soit l'un quelconque (droit au bail, marchandises, matériel, etc.) des éléments du fonds. Mais, en cas de cession de la Firma, son gage devait accessoirement porter sur l'ensemble de l'entreprise.

II. A quelle conception s'est arrêté, sur ce point, le Code de commerce du 10 mai 1897 ? — Une section de ce Code est consacrée à l'étude de la Firma, nom commercial ou raison sociale. Il y est décidé (Livre 1^{er}, section 3^e §§ 17 et s., 29 et s.) que la Firma est parfaitement cessible, mais qu'elle doit être obligatoirement inscrite sur le registre du commerce. Les dispositions les plus intéressantes, en ce qui concerne les dettes de l'exploitation, sont contenues dans le § 25 qui est ainsi rédigé : « Celui qui, ayant fait
« l'achat entre vifs d'un commerce, le continue sous l'an-
« cienne raison commerciale avec ou sans indication de sa
« qualité de successeur, est responsable de tous les
« engagements contractés par le précédent propriétaire
« de la raison commerciale dans l'exercice de son com-
« merce. Les créances actives, provenant de l'exploitation
« du commerce, sont considérées comme transférées au
« successeur, à l'égard des débiteurs, si le précédent
« propriétaire ou ses héritiers ont donné leur consente-
« ment au maintien de la raison commerciale. Une con-
« dition contraire n'a de valeur, vis-à-vis des tiers, qu'à
« la condition qu'elle ait été inscrite sur le registre de

« commerce et publiée, ou que les tiers en aient été avisés
 « soit par l'acquéreur, soit par le vendeur du fonds de
 « commerce. Lorsque l'ancienne raison sociale n'est pas
 « maintenue, l'acquéreur du fonds de commerce n'est
 « tenu des engagements antérieurs que s'il existe à cet
 « égard un engagement spécial et notamment si l'acqué-
 « reur a porté cette obligation à la connaissance du public
 « dans la forme commerciale usitée. » (Traduction Ritleng
 « et Grüber, Strasbourg 1899. page 15).

D'après le § 27, les héritiers qui continuent l'exploita-
 tion du fonds sont placés dans la même situation que
 celle d'un acquéreur. — Que résulte-t-il de ces textes ?
 Incontestablement le législateur allemand n'a pas entendu
 prendre parti sur la question de la nature juridique du
 fonds de commerce et le considérer comme une sorte de
 personne morale ou de patrimoine juridique d'affectation
 (Gareis *Das Deutsche Handelsrecht*, In-18, Berlin 1899, p. 98).
 Il s'est préoccupé seulement de régler les rapports du
 titulaire du fonds et des tiers, et notamment du point de
 savoir si le successeur répond des engagements contractés
 par l'ancien propriétaire. L'article 25, reprenant une
 distinction admise par une longue tradition, donne des
 solutions différentes suivant que l'acquéreur a conservé,
 ou non, l'ancienne Firma : 1° si l'acquéreur continue
 seulement l'entreprise, sans adopter le nom commercial
 sous lequel elle était antérieurement connue, il ne répondra
 pas, en principe, du passif assumé par son vendeur, et les

créanciers de celui-ci perdent désormais le droit de le poursuivre ; sauf l'effet d'une stipulation contraire qui imposerait une responsabilité personnelle au nouveau titulaire du fonds, et sous la condition d'une publicité suffisante pour en informer les tiers (Cosak, page 71) ; 2° Si, à l'inverse, c'est sous la Firma ancienne que l'exploitation continue avec le nouveau titulaire, celui-ci sera tenu, vis-à-vis des tiers, de toutes les dettes qui grevaient l'entreprise, dans la même mesure que s'il les avait directement contractées. Il ne serait exonéré du passif que s'il portait à la connaissance du public la convention, passée entre son vendeur et lui, et l'affranchissement des dettes antérieures ; et le mode de publicité légal est l'inscription sur le registre du commerce (Cosack, pages 70 et 71).

Quant aux rapports du vendeur et de l'acquéreur, relativement aux garanties destinées à assurer le paiement du prix, ils demeurent, sous la législation nouvelle, ce qu'il étaient antérieurement, avec, peut-être, une précision plus marquée. Si la Firma a été comprise dans la cession, il en résultera plus facilement que la cession impliquera la transmission de tous les éléments de l'entreprise, et le vendeur non payé, se réservant un gage sur le fonds, possèdera une sûreté portant sur l'ensemble de l'exploitation : sauf, bien entendu, l'effet d'une stipulation contraire. En l'absence d'une reprise de la Firma ancienne par le successeur, la sûreté constituée au profit du vendeur non payé ne s'appliquerait qu'aux éléments du fonds

affectés par la convention à la garantie du prix ou de la portion du prix restant dus. Mais dans tous les cas la constitution du gage ne serait valable, au regard des tiers, que par une inscription prise sur le registre du commerce.

Les idées allemandes ont été adoptées par la plupart des législations du groupe germanique. C'est ainsi que le *droit Autrichien* connaît aussi la pratique de la Firma et l'institution du registre du commerce. Mais les jurisconsultes autrichiens sont loin d'être d'accord, à défaut d'indications précises dans la loi, sur la nature juridique du fonds de commerce, ainsi que sur la question de la transmission des créances et des dettes (Cf von Canstein *Lehrbuch des vesterreichischen Handelsrechtes*. T 1^{er}, 1895, pages 198 et s. et Rehme, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* XLV, 1896, pages 330 et s.). On admet, d'ailleurs, que le fonds de commerce, au point de vue des sûretés à établir sur lui, peut être considéré comme une universalité incorporelle, susceptible d'être donnée en gage à une maison de banque, le nantissement résultant valablement d'une simple inscription sur les registres du banquier (Cerban, *Etude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles*, thèse, Paris, 1897 pages 240 et 245). Le vendeur non payé aurait également la faculté d'exiger une sûreté sur le fonds, à la condition de porter ses droits à la connaissance des tiers.

Une conception plus compréhensive de la notion de

fonds de commerce a cours *en Hollande*, où le fonds de commerce, sans être considéré comme une personne morale ou comme un patrimoine d'affectation, englobe, pour certains auteurs, le local consacré à l'exploitation et le capital affecté aux opérations commerciales qui s'y rattachent (Kist, *Beginselen van Handelsregt*, 2^e édition, tome I^{er}, page 67, cité par Gombeaux, page 288).

La Suisse connaît la pratique de la Firma, mais ne semble pas y voir une personnification de l'entreprise, et elle ne rattache pas au fonds de commerce les créances et les dettes nées de l'exploitation commerciale; ce sont des éléments du patrimoine du négociant (Miller, *Die Lehre von der Geschäftsfirma nach Schweizerischem Obligationenrecht*, Berne, 1884, pages 7 et s.)

De même le Code de commerce Hongrois, § 20, dispose que l'acquéreur n'est pas tenu, sauf convention particulière, d'acquitter les dettes de l'entreprise (Coveillo, *Della successione ne debiti a titolo particolare*, Archivio giuridico, LVI, 1896, pages 175 et s.)

Enfin, *au Danemark*, la pratique est fixée en ce sens que, par le seul fait de la cession du fonds, le successeur n'est pas obligé au paiement des dettes. En tous cas, il ne peut être poursuivi par les créanciers commerciaux qu'à condition d'avoir publié, conformément aux usages du négoce et spécialement par l'envoi de circulaires, l'obligation qu'il a assumée de répondre du passif (Veit-Simon, pages 133, 160, 168).

On est amené ainsi à reconnaître que la loi française de 1909 est conforme à un courant d'idées qui paraît aujourd'hui l'emporter tant en Allemagne qu'en Angleterre et qui tend de plus en plus à dissocier les divers éléments dont l'ensemble constitue le fonds de commerce ; d'où cette conséquence que le privilège du vendeur, pour sûreté du prix ou de la portion du prix non versé, ne grève pas nécessairement la totalité des valeurs composant l'établissement. On tient compte, d'autre part, de l'impossibilité de laisser le créancier en possession du gage ; sinon l'exploitation du fonds, à l'aide de laquelle l'acquéreur se propose précisément de payer sa dette, ne pourrait être commencée.

Enfin les législateurs s'efforcent aussi de donner satisfaction au crédit public, en entourant d'une publicité efficace la constitution du gage ou le mode de conservation du privilège.

Ainsi se trouve apportée une notable dérogation au principe traditionnel d'après lequel le débiteur-gagiste dut être dépossédé des valeurs comprises dans la dation en gage ; mais la publicité, prescrite par les lois contemporaines des divers pays, révèle suffisamment aux tiers l'existence d'une affectation privative au paiement de la dette de l'acquéreur. Au surplus, la mise en possession ne se comprendrait guère relativement à des droits incorporels qui ne sont pas susceptibles de possession véritable. Et ainsi se trouve imposé au respect de tous les créanciers de

l'acheteur un privilège qui échappe cependant à la réglementation générale concernant les sûretés fondées sur une idée de gage ; c'est la réalisation d'un système qui donne à peu près satisfaction à tous les intérêts en présence : la sécurité du vendeur est très efficacement garantie ; les tiers ne peuvent se plaindre en raison des mesures de publicité prescrites ; enfin la personne qui ne dispose pas de capitaux nécessaires pour payer comptant le prix de son acquisition possède ainsi de grandes facilités pour traiter à crédit.

Vu et approuvé
Le Président de la Thèse,
R. PIÉDELIÈVRE.

Vu :
Le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :
Pour le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L'Inspecteur de l'Académie,
FONTENÉ.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION	1
Plan du travail	10

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I

<i>Notion juridique du fonds de commerce. Eléments le composant.</i>	17
D'après le droit romain	19
D'après le droit coutumier	31
Avant la promulgation des Codes	37

CHAPITRE II

<i>Caractère juridique des fonds de commerce. Garanties qu'ils peuvent fournir. Loi du 1^{er} mars 1898</i>	43
Considérés comme objets mobiliers corporels	46
Considérés suivant l'importance des éléments les composant	55
Considérés comme objets incorporels	60

CHAPITRE III

<i>Privilège du vendeur. Garanties le protégeant avant la loi du 17 mars 1909.</i>	72
En cas de faillite	75
En cas de revente du fonds	81

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I

<i>Loi du 17 mars 1909. Privilège accordé au vendeur sur les divers éléments composant le fonds de commerce. Formalités en assurant la conservation</i>	99
Etendue du privilège du vendeur.	100
Publicité en assurant la conservation.	112

CHAPITRE II

<i>Dispositions de la loi ayant pour objet la réalisation des sûretés instituées par la loi et le désintéressement des créanciers</i> . . .	126
Vente forcée du fonds.	129
Surenchère du sixième	139
Purge. Surenchère du dixième.	153
Répartition	160
Compétence des Tribunaux et Officiers ministériels . . .	166

CHAPITRE III

<i>Législations étrangères</i>	173
Législation anglaise	173
Législation allemande	181

Angers, imp. J. Siraudeau. — 40-3237.
